بسم الله الرحمن الرحيم

كتابُ الصُّلْحِ

الصُّلْحُ مُعاقدةٌ يُتَوصَّلُ بها إلَى الإصْلَاحِ بَيْنَ المُخْتَلِفَيْنِ ، ويتنوَّعُ أنْواعًا ؛ صُلْحٌ بَيْنَ المُسْلِمينَ وأهْلِ الحَرْبِ ، وصُلْحٌ بَيْنَ أهْلِ العَدْلِ وأهْلِ البَغْيِ ، وصُلْحٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إذَا خِيفَ الشِّقَاقُ بيْنَهما ، /قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا ﴾[1] ، وقال تعالى : ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا والصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[2] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رَسولَ اللهِ ﷺ قال : « الصُّلْحُ بَيْنَ المُسْلِمينَ جَائِزٌ ، إلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أوْ أَحَلَّ حَرَامًا » . أخْرَجَهُ التِّرمِذِيُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرُوِيَ عن عُمَرَ ، أنَّه كَتَبَ إلى أبِى مُوسَى بمثلِ ذلك . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ[4] على جَوَازِ الصُّلْحِ فى هذه الأنْوَاعِ التى ذَكَرْنَاهَا ، ولِكُلِّ واحِدٍ منها بَابٌ يُفْرَدُ له ، ويُذْكَرُ فيه أحْكامُه . وهذا البابُ لِلصُّلْحِ بَيْنَ المُتَخاصِمَيْنِ فى الأمْوالِ ، وهو نَوْعَانِ ؛ صُلْحٌ على إقْرَارٍ ، وصُلْحٌ على إنْكَارٍ . ولَمْ

٩٢/٤ و

---

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) فى : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٤ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزنى .

وأخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام احمد ، فى : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبى هريرة .

(٤) فى ب ، م : « الأئمة » .

يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصُّلْحَ إلَّا فى الإنْكَارِ خاصَّةً .

٨١٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَالصُّلْحُ الَّذِى يَجُوزُ ، هُوَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُدَّعِى حَقٌّ لا يَعْلَمُهُ المُدَّعَى عَلَيْه ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَى بَعْضِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْه ، فَجَحَدَهُ ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ**)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنّ الصُّلْحَ على الإنْكارِ صَحِيحٌ . وبه قالَ مالِكٌ ، وأبو حَنيفَةَ . وقالَ الشَّافِعِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عاوَضَ على مالَمْ يَثْبُتْ له[١] ، فلَمْ تَصِحَّ المُعاوَضَةُ ، كَما لو بَاعَ مَالَ غيْرِه ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ خَلَا عن العِوَضِ فى أَحَدِ جَانِبَيْه ، فبَطَلَ ، كالصُّلْحِ علَى حَدِّ القَذْفِ . ولَنا ، عُمومُ قَوْلِه ﷺ : « الصُّلْحُ بَيْنَ المُسْلِمِينَ جَائِزٌ » . فيَدْخُلُ هذا فى عُمومِ قَوْلِه . فإنْ قالوا : فقد قال : « إلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا » . وهذا دَاخِلٌ فيه ؛ لِأنَّه لَمْ يَكُنْ له أنْ يَأْخُذَ مِن مَالِ المُدَّعَى عَلَيْه ، فَحلَّ بالصُّلْحِ . قُلْنَا : لا نُسَلِّمُ دُخُولَهُ فيه ، ولا يَصِحُّ حَمْلُ الحَدِيثِ علَى ما ذَكَرُوهُ لِوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ هذا يُوجَدُ فى الصُّلْحِ بِمَعْنَى البَيْعِ ، فإنَّه يُحِلُّ لِكُلِّ واحِدٍ منْهُما ما كان مُحَرَّمًا عليه قَبْلَه ، وكذلك الصُّلْحُ بمَعْنَى الهِبَةِ ، فإنَّه يُحِلُّ لِلْمَوْهُوبِ له ما كان حَرَامًا عليه ، والإسْقَاطُ يُحِلُّ له تَرْكَ أَدَاءِ ما كان وَاجِبًا عليه . الثانى ، أنَّه لو حَلَّ به المُحَرَّمُ ، لكان الصُّلْحُ صَحِيحًا ، فإنَّ الصُّلْحَ الفَاسِدَ لا يُحِلُّ الحَرامَ ، وإنَّما مَعْنَاهُ ما يُتَوَصَّلُ به إلَى تَنَاوُلِ المُحَرَّمِ مع بَقَائِهِ على تَحْرِيمِه ، كما لو صالَحَهُ على اسْتِرْقَاقِ حُرٍّ ، أوْ إحْلَالِ بُضْعٍ مُحَرَّمٍ ، أو صَالَحَهُ بِخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ . وليس ما نحن فيه كذلك . وعلَى أنَّهم لا يَقُولُونَ بهذا ، فإنَّهم يُبِيحُون لِمَنْ له حَقٌّ يَجْحَدُهُ غَرِيمُه ، أن يَأْخُذَ مِن مَالِه بِقَدْرِه أو دُونَه ، فإذا حَلَّ له ذلك مِن غَيْرِ اخْتِيَارِه ولا عِلْمِه ، فَلَأَنْ يَحِلَّ بِرِضاهُ وبَذْلِه أَوْلَى ، وكَذَلِكَ[٢] إذا حَلَّ مع / اعْتِرَافِ الغَرِيمِ ، فلَأَنْ يَحِلَّ مع جَحْدِه وعَجْزِه عن الوُصُولِ إلى حَقِّه إلَّا بِذَلِك أَوْلَى ، ولأنَّ

٩٢/٤ ظ

---

(١) سقط من : ا .

(٢) فى ا : « وذلك » .

المُدَّعِيَ هٰهُنا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه الثَّابِتِ له ، والمُدَّعَى عليه يَدْفَعُه لِدَفعِ الشَّرِّ عنه ، وقَطْعِ الخُصُومَةِ ، ولَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بتَحْرِيمِ ذلك فى مَوْضِعٍ ، ولأنَّه صُلْحٌ يَصِحُّ مع الأَجْنَبِيِّ ، فَصَحَّ مع الخَصْمِ ، كالصُّلْحِ مع الإِقْرارِ . يُحَقِّقُه أنَّه إذا صَحَّ مع الأَجْنَبِيِّ مع غِنَاهُ عنه ، فلأَنْ يَصِحَّ مع الخَصْمِ مع حَاجَتِه إليه أَوْلَى . وقولُهم : إنَّه مُعاوَضَةٌ . قُلْنا : فى حَقِّهما أمْ فى حَقِّ أحَدِهما ؟ الأَوَّلُ مَمْنوعٌ ، والثانى مُسَلَّمٌ ؛ وهذا لأنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه مِن المُنْكِرِ لِعلْمِه بثُبُوتِ حَقِّه عندَه ، فهو مُعاوَضَةٌ فى حَقِّه ، والمُنْكِرُ يَعْتَقِدُ أنَّه يَدْفَعُ المَالَ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ واليَمِينِ عنه ، ويُخَلِّصُه من شَرِّ المُدَّعِى ، فهو أَبْرَأُ فى حَقِّه ، وغيرُ مُمْتَنِعٍ ثُبُوتُ المُعاوَضَةِ فى حَقِّ أحَدِ المُتَعاقِدَيْن دونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا شَهِدَ بحُرِّيَّتِه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ويكونُ مُعاوَضَةً فى حَقِّ البائِعِ ، واسْتِنْقَاذًا له من الرِّقِّ فى حَقِّ المُشْتَرِى ، كذا هٰهُنا . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا يَصِحُّ هذا الصُّلْحُ ، إلَّا أنْ يكونَ المُدَّعِى مُعْتَقِدًا أنَّ ما ادَّعَاهُ حَقٌّ ، والمُدَّعَى عليه يَعْتَقِدُ أنَّه لا حَقَّ عليه ، فيَدْفَعُ إلَى المُدَّعِى شَيْئًا افْتِدَاءً لِيَمِينِه ، وقَطْعًا لِلْخُصُومةِ ، وصِيَانَةً لِنَفسِه عن التَّبَذُّلِ ، وحُضُورِ مَجْلِسِ الحاكِمِ ، فإنَّ ذَوِى النُّفوسِ الشَّرِيفَةِ والمُرُوءَةِ يَصْعُبُ عليهم ذلك ، ويَرَوْنَ دَفْعَ ضَرَرِها عنهم مِن أَعْظَمِ مَصالِحِهم ، والشَّرْعُ لا يَمْنَعُهم مِن وِقَايَةِ أَنْفُسِهِمْ وصِيانَتِها ، ودَفعِ الشَّرِّ عنهم بِبَذْلِ أَمْوَالِهِمْ ، والمُدَّعِى يَأْخُذُ ذلك عِوَضًا عن حَقِّه الثَّابِتِ له ، فلا يَمْنَعُه الشَّرْعُ من ذلك أيضا ، سواءٌ كان المأْخُوذُ مِن جِنْسِ حَقِّه ، أو مِن غيرِ جِنْسِه ، بِقَدْرِ حَقِّه أو دُونَه ، فإن أَخَذَ مِن جِنْسِ حَقِّه بِقَدْرِه فهو مُسْتَوْفٍ له ، وإن أَخَذَ دُونَه ، فقد اسْتَوْفَى بَعْضَه وتَرَكَ بعضَه ، وإنْ أَخَذَ مِن غير جِنْسِ حَقِّه فقد أَخَذَ عِوَضَه . ولا يجوزُ أن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ ؛ لأنَّ الزَّائِدَ لا مُقابِلَ له ، فيكونَ ظَالِمًا بأَخْذِه . وإنْ أَخَذَ مِن غيرِ جِنْسِه جَازَ ، ويكونُ بَيْعًا فى حَقِّ المُدَّعِى ؛ لِاعْتِقادِه أَخْذَه عِوَضًا ، فيَلْزَمُه حُكْمُ إقْرَارِه . فإن كان المَأْخُوذُ شِقْصًا فى دَارٍ أو عَقارٍ ، وَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، وإنْ وَجَدَ به عَيْبًا فلَهُ رَدُّه ، والرُّجوعُ فى دَعْوَاه ، ويكونُ فى حَقِّ المُنْكِرِ بمَنْزِلَةِ الإِبْرَاءِ ؛ لأنَّه دَفَعَ المَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِه ، ودَفْعًا لِلضَّرَرِ عنه ، لا عِوَضًا عن حَقٍّ يَعْتَقِدُه ، فيَلْزَمُه أيضا حُكْمُ إقْرَارِه . فإنْ وَجَدَ بالمُصالَحِ عنه عَيْبًا ، لم يَرْجِعْ / به علَى المُدَّعِى ؛ ٩٣/٤و

لِاعْتِقَادِهِ أنَّه ما أَخَذَ[3] عِوَضًا . وإنْ كان شِقْصًا لَمْ تَثْبُتْ[4] فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه يَعْتَقِدُه علَى مِلْكِه ، لم يَزُلْ ، وما مَلَكَهُ بالصُّلْحِ . ولو دَفَعَ المُدَّعَى عليه[5] إلى المُدَّعِى[5] ما ادَّعَاهُ أو بعضَه ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ البَيْعِ ، ولا تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَعْتَقِدُ أنَّه اسْتَوْفَى بعضَ حَقِّه ، وأخَذَ عَيْنَ مَالِه ، مُسْتَرْجِعًا لها مِمَّنْ هى عِنْدَه ، فلَمْ يَكُنْ بَيْعًا ، كاسْتِرْجاعِ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ . فأمَّا إنْ كان أحَدُهُما كاذِبًا ، مثْلُ أن يَدَّعِىَ المُدَّعِى شيئًا يَعْلَمُ أنَّه ليس له ، [6]أو يُنْكِرُ[6] المُنْكِرُ حَقًّا يَعْلَمُ أنَّه عليه ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ فى الباطِـنِ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ إذا كان كاذِبًا ، فما يَأْخُذُه أَكْلُ مَالٍ بالبَاطِلِ ، أخَذَهُ بِشَرِّه وظُلْمِه ودَعْواهُ البَاطِلَةِ ، لا عِوَضًا عن حَقٍّ له ، فيكونُ حَرَامًا عليه ، كمَن خَوَّفَ رَجُلًا بِالقَتْلِ حتى أَخَذَ مَالَهُ . وإن كان صَادِقًا ، والمُدَّعَى عليه يَعْلَمُ صِدْقَه وثُبُوتَ حَقِّه ، فجَحَدَهُ لِيَنْتَقِصَ حَقَّهُ ، أو يُرْضِيَهُ عنه بشىءٍ ، فهو هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، وأَكْلُ مالٍ بالبَاطِلِ ، فيكونُ ذلك حَرَامًا ، والصُّلْحُ باطِلٌ ، ولا يَحِلُّ له مَالُ المُدَّعِى بذلك . وقد ذَكَرَهُ الخِرَقِىُّ فقالَ[7] : « وإنْ كانَ يَعْلَمُ ما عَلَيْهِ فجَحَدَهُ ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ » . يعنِى فى الحَقِيقَةِ ، وأمَّا الظَّاهِرُ لَنا فهو الصِّحَّةُ ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ بَاطِنَ الحالِ ، وإنَّما يَنْبَنِى الأَمْرُ على الظَّواهِرِ ، والظَّاهِرُ من المُسْلِمِ السَّلَامَةُ .

فصل : ولو ادَّعَى علَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، أو قَرْضًا ، أو تَفْرِيطًا فى وَدِيعَةٍ أو مُضَارَبَةٍ ، فأنْكَرَهُ ، واصْطَلَحا ، صَحَّ لِمَا ذَكَرْناهُ .

فصل : وإنْ صَالَحَ عن المُنْكِرِ أَجْنَبِىٌّ ، صَحَّ ، سواءٌ اعْتَرَفَ لِلْمُدَّعِى بصِحَّةِ دَعْوَاه أوْ لم يَعْتَرِفْ ، وسواءٌ كان بإذْنِه أو غيرِ إذْنِه . وقال أصْحابُ الشَّافِعِىِّ : إنَّما يَصِحُّ

---

(3) فى ب : « أخذه » .

(4) فى ب : « تجب » .

(5 - 5) سقط من : ا ، ب ، م .

(6 - 6) فى ب ، م : « وينكر » .

(7) فى ا ، م : « فى قوله » .

إذا اعْتَرَفَ لِلْمُدَّعِي بصِدْقِه ، وهذا مَبْنِيٌّ على صُلْحِ المُنْكِرِ ، وقد ذَكَرْنَاهُ . ثم لا يَخْلُو الصُّلْحُ ، إمَّا أنْ يكونَ عن دَيْنٍ أو عَيْنٍ ، فإنْ كان عن دَيْنٍ ، صَحَّ ، سواءٌ كان بإذْنِ المُنْكِرِ ، أو بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ عن غيرِه بإذْنِه وبغَيْرِ إذْنِه ، فإنَّ عَلِيًّا وأبَا قَتَادَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، قَضَيَا عن المَيِّتِ ، فأجَازَهُ النبيُّ ﷺ[8] ، وإنْ كان الصُّلْحُ عن عَيْنٍ بإذْنِ المُنْكِرِ ، فهُو كالصُّلْحِ منه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يَقُومُ مَقامَ المُوَكِّلِ . وإنْ كان بغيرِ إذْنِه ، فهُو افْتِدَاءٌ لِلْمُنْكِرِ من الخُصُومةِ ، وإبْرَاءٌ له من الدَّعْوَى ، وذلك جَائِزٌ . وفى المَوْضِعَيْنِ ، إذا صَالَحَ عنه بغيرِ إذْنِه ، لَمْ يَرْجِعْ عليه بشيءٍ ؛ لأنَّه أدَّى عنه مالا يَلْزَمُه أدَاؤُه . وخَرَّجَهُ القَاضِى وأبو الخَطَّابِ على الرِّوَايَتَيْنِ ، فيما إذا قَضَى دَيْنَهُ الثَّابتَ بغيرِ إذْنِه ، /وليس هذا بجَيِّدٍ ؛ لأنَّ هذا لم يَثْبُتْ وُجُوبُه على المُنْكِرِ ، ولا يَلْزَمُه أدَاؤُه إلى المُدَّعِى ، فكيف يَلْزَمُه أدَاؤُه إلى غيرِه ! ولأنَّه أدَّى عنه ما لا يَجِبُ عليه ، فكان مُتَبَرِّعًا ، كما لو تَصَدَّقَ عنه . ومن قال بِرُجُوعِه ، فإنَّه يَجْعَلُه كالمُدَّعِى فى الدَّعْوَى على المُنْكِرِ لا غيرُ ، أمَّا أنْ يَجِبَ له الرُّجُوعُ بما أدَّاهُ حَتْمًا ، فلا وَجْهَ له أصْلًا ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَجِبُ لمَن قَضَى دَيْنَ غيرِه أن يَقُومَ مَقامَ صَاحِبِ الدَّيْنِ ، وصَاحِبُ الدَّيْنِ هٰهُنا لم يَجِبْ له حَقٌّ ، ولا لَزِمَ الأَدَاءُ إليه ، ولا يَثْبُتُ له أكْثَرُ من جَوازِ الدَّعْوَى ، فكذلك هذا . ويُشْتَرَطُ فى جَوازِ الدَّعْوَى أن يَعْلَمَ صِدْقَ المُدَّعِى ، فأمَّا إن لم يَعْلَمْ ، لم يَحِلَّ له دَعْوَى بشيءٍ لا يَعْلَمُ ثُبُوتَهُ . وأمَّا ما إذا صَالَحَ عنه بإذْنِه ، فهو وَكِيلُه ، والتَّوْكِيلُ فى ذلك جائِزٌ . ثم إن أدَّى عنه بإذْنِه ، رَجَعَ إليه[9] ، وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . وإن أدَّى عنه بغيرِ إذْنِه مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ بِشيءٍ ، وإن قَضَاهُ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ ، خُرِّجَ على الرِّوَايَتَيْنِ فى مَن قَضَى دَيْنَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه قد

٤/٩٣ظ

(٨) حديث على أخرجه البيهقى ، فى : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٧٨ .

وحديث أبى قتادة ، أخرجه البخارى ، فى : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة . صحيح البخارى ٣ / ١٢٣ ، ١٢٤ . وأحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٠ . والبيهقى ، فى : باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق ، وباب الضمان عن الميت ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٤ ، ٧٥ . والحاكم ، فى : باب التشديد فى أداء الدين ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢ / ٥٨ .

(٩) فى ا : « عليه » .

وَجَبَ عليه أداؤُه بعَقْدِ الصُّلْحِ ، بخِلَافِ ما إذا صَالَحَ وقَضَى بغَيْرِ إذْنِه ، فإنَّه قَضَى مالا يَجِبُ على المُنْكِرِ قَضَاؤُهُ .

فصل : وإن صَالَحَ الأَجْنَبِيُّ المُدَّعِيَ لِنَفْسِه ؛ لِتَكُونَ المُطَالَبةُ له ، فلا يَخْلُو مِن أن يَعْتَرِفَ لِلمُدَّعِي بصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، أوْ لا يَعْتَرِفَ له ، فإن لم يَعْتَرِفْ له ، كان الصُّلْحُ باطِلًا ؛ لأنَّه يَشْتَرِي منه ما لم يَثْبُتْ له ، ولَمْ تَتَوجَّهْ إليه خُصومةٌ يَفْتَدِى منها ، فأَشْبَهَ مالو اشْتَرَى منه مِلْكَ غيرِه . وإنِ اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وكان المُدَّعَى دَيْنًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى مالا يَقْدِرُ البائِعُ على تَسْلِيمِه ، ولأنَّه بَيْعٌ لِلدَّيْنِ[10] مِن غيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه . ومن أَصْحابِنَا مَن قال : يَصِحُّ . وليس بجَيِّدٍ ؛ لأَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ المُقَرِّ به من غيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه لا يَصِحُّ ، فبَيْعُ دَيْنٍ فى ذِمَّةِ مُنْكِرٍ مَعْجُوزٍ عن قَبْضِه أَوْلَى . وإن كان المُدَّعَى عَيْنًا ، فقال الأَجْنَبِيُّ لِلمُدَّعِي : أنا أَعْلَمُ أنك صادِقٌ ، فصَالِحْنِي عنها ، فإنِّي قادِرٌ على اسْتِنْقَاذِهَا من المُنْكِرِ . فقال أصْحَابُنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى منه مِلْكَه الذى يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه . ثم إن قَدَرَ على انْتِزَاعِه ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وإن عَجَزَ ، كان له الفَسْخُ ؛ لأنَّه لم يُسَلَّمْ له المَعْقُودَ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ / إلى بَدَلِه . ٩٤/٤و ويَحْتَمِلُ أنَّه إنْ تَبَيَّنَ أنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، تَبَيَّنَ أنّ الصُّلْحَ كان فَاسِدًا ؛ لأَنَّ الشَّرْطَ الذى هو القُدْرَةُ على قَبْضِه مَعْدُومٌ حال العَقْدِ ، فكان فَاسِدًا ، كما لو اشْتَرَى عَبْدَه ، فتَبَيَّنَ أنه آبِقٌ ، أوْ مَيِّتٌ . ولو اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، ولا يُمْكِنُه اسْتِيفَاؤُه ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى مالا يُمْكِنُه قَبْضُه[11] ، فأشْبَهَ شِرَاءَ العَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشَّارِدِ . فإن اشْتَرَاهُ وهو يَظُنُّ أنَّه عَاجزٌ عن قَبْضِه ، فتَبَيَّنَ أنَّ قَبْضَهُ مُمْكِنٌ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأَنَّ البَيْعَ تَنَاوَلَ ما يُمْكِنُ قَبْضُه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَا[12] ذلك . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فأَشْبَهَ ما لو بَاعَ عَبْدًا يَظُنُّ أنَّه حُرٌّ ، أو أنَّه عَبْدُ غيرِه ، فتَبَيَّنَ أنَّه عَبْدُه . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بين من يَعْلَمُ أن البَيْعَ يَفْسُدُ بالعَجْزِ عن تَسْلِيمِ

---

(١٠) فى ب : « الدين » .

(١١) فى م زيادة : « منه » .

(١٢) فى ب ، م : « علمنا » .

المَبيعِ ، وبين مَن لم يَعْلَمْ ذلك ؛ لأنَّ من يَعْلَمُ ذلك يَعْتَقِدُ فَسَادَ البَيْعِ والشِّرَاءِ ، فكان بَيْعُه فَاسِدًا ؛ لِكَوْنِه مُتَلاعِبًا بقولِه ، مُعْتَقِدًا فَسَادَهُ ، ومن لا يَعْلَمُ يَعْتَقِدُه صَحِيحًا ، وقد تَبيَّنَ اجْتِمَاعُ شُرُوطِه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَهُ مَقْدُورًا على تَسْلِيمِه .

فصل : فإن قال الأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعِي : أنا وَكِيلُ المُدَّعَى عليه فى مُصَالَحَتِكَ عن هذه العَيْنِ ، وهو مُقِرٌّ لك بها ، وإنَّما يَجْحَدُها فى الظَّاهِرِ . فظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ أنَّ الصُّلْحَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يَجْحَدُها فى الظَّاهِرِ لِيَنْتَقِصَ المُدَّعِيَ بَعْضَ حَقِّه ، أو يَشْتَرِيَهُ بأقَلَّ مِن[13] ثَمَنِه ، فهو هَاضِمٌ لِلْحَقِّ ، يَتَوَصَّلُ إلى أخْذِ المُصَالَحِ عنه بالظُّلْمِ والعُدْوَانِ ، فهو بِمَنْزِلَةِ ما لو شَافَهَهُ بذلك ، فقال : أنا أَعْلَمُ صِحَّةَ دَعْوَاكَ ، وأنَّ هذا لك ، ولكنْ لا أُسَلِّمُه إليك ، ولا أُقِرُّ لك به عندَ الحاكِمِ حتى تُصَالِحَنِى منه على بعضِه ، أو عِوَضٍ عنه . وقال القاضى : يَصِحُّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . قالوا : ثم يَنْظُرُ إلى المُدَّعَى عليه ، فإن صَدَّقَهُ على ذلك ، مَلَكَ العَيْنَ ، [14] ورَجَعَ الأَجْنَبِيُّ عليه[14] بما أَدَّى عنه ، إن كان أَذِنَ له فى الدَّفْعِ ، وإن أَنْكَرَ الإِذْنَ فى الدَّفْعِ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه ، ويكون حُكْمُه حُكْمَ من قَضَى دَيْنَه بغيرِ إِذْنِه . وإن أَنْكَرَ الوَكَالَةَ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه ، وليس لِلأَجْنَبِيِّ الرُّجُوعُ عليه ، ولا يُحْكَمُ له بِمِلْكِها . فأمّا حُكْمُ مِلْكِها فى البَاطِنِ ، فإن كان وَكَّلَ الأَجْنَبِيَّ فى الشِّرَاءِ ، فقدْ مَلَكَها ؛ لأنَّه اشْتَرَاهَا بإِذْنِه ، فلا يَقْدَحُ إنْكَارُه فى مِلْكِها ؛ لأنَّ مِلْكَهُ ثَبَتَ قبلَ إنْكَارِه ، وإنَّما هو ظَالِمٌ بالإِنْكَارِ لِلأَجْنَبِيِّ ، وإن كان لم يُوَكِّلْهُ ، لم يَمْلِكها ؛ لأنَّه اشْتَرَى له / عَيْنًا بغيرِ إِذْنِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَقِفَ على إجازَتِه ، كما قُلْنا فى مَن اشْتَرَى لِغيرِه شيئا بغيرِ إِذْنِه بِثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، فإنْ أجازَهُ ، لَزِمَ فى حقِّه ، وإن لم يُجِزْهُ ، لَزِمَ مَن اشْتَرَاهُ . وإن قال الأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعِي : قد عَرَفَ المُدَّعَى عليه صِحَّةَ دَعْوَاكَ ، وهو يَسْأَلُكَ أن تُصَالِحَهُ عنه ، وقد وَكَّلَنِى فى المُصَالَحَةِ عنه . فصَالَحَهُ ، صَحَّ ، وكان الحُكْمُ كما ذَكَرْنا ؛ لأنَّه

٤/٩٤ظ

---

(١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤-١٤) فى ا ، م : « ورجع على الأجنبى وعليه » .

هـٰهُنا لم يَمْتَنِعْ مِن أدَائِه ، بلِ اعْتَرَفَ به ، وصَالَحَهُ عليه ، مع بَذْلِه له ، فأشْبَهَ ما لو لم يَجْحَدْهُ .

٨١٨ – مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ ، فصَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ صُلْحًا ؛ لِأنَّهُ هَضْمٌ لِلْحَقِّ)

وجُمْلَتُه أنَّ مَنِ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ ، وامْتَنَعَ مِن أدَائِه حتى صُولِحَ على بعضِه ، فالصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لأنَّه صَالَحَ عن بَعْضِ مَالِه ببَعْضٍ ، وهذا مِحالٌ[١] ، وسواءٌ كان بلَفْظِ الصُّلْحِ ، أو بلَفْظِ الإبْرَاءِ ، أو بِلَفْظِ الهِبَةِ المَقْرُونِ بشَرْطٍ ، مثلُ أن يقولَ : أَبْرَأْتُكَ عن خَمْسِمائةٍ ، أو وَهَبْتُ لك خَمْسَمائـةٍ ، بِشَرْطِ أن تُعْطِيَنِـي ما بَقِيَ . ولو لم يَشْتَرِطْ ، إلَّا أنَّه لَمْ يُعْطِ بَعْضَ حَقِّه إلَّا بإسْقَاطِه[٢] بعضَه ، فهو حَرَامٌ أيضا ؛ لأنَّه هَضَمَهُ حَقَّهُ . قال ابنُ أبي موسى[٣] : الصُّلْحُ عَلَى الإقْرَارِ هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، فمتى أَلْزَمَ المُقَرَّ له تَرْكَ بَعْضِ حَقِّـه ، فتَرَكَهُ عن غيرِ طيبِ نَفْسِهِ[٤] ، لم يَطِبِ الأَخْذُ . وإنْ تَطَوَّعَ المُقَرُّ له بإسْقاطِ بَعْضِ حَقِّه بِطِيبٍ مِن نَفْسِهِ ، جَازَ ، غيرَ أنَّ ذلك ليس بصُلْحٍ ، ولا من بابِ الصُّلْحِ بِسَبِيلٍ . ولَمْ يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصُّلْحَ إلَّا فى الإنْكَارِ ، على الوَجْهِ الذى قَدَّمْنَا ذِكْرَه ، فأمَّا فى الاعْتِرَافِ ، فإذا اعْتَرَفَ بشىءٍ ، وقَضَاهُ مِن جنْسِه ، فهو وَفَاءٌ ، وإنْ قَضَاهُ مِن غيرِ جِنْسِه ، فهى مُعَاوَضَةٌ ، وإنْ أبْرَأَهُ مِن بعضِه اخْتِيَارًا منه ، واسْتَوْفَى البَاقِيَ ، فهو إبْرَاءٌ ، وإن وَهَبَ له بعضَ العَيْنِ ، وأخَذَ بَاقِيَها بِطِيبِ نَفْسٍ ، فهى هِبَةٌ ، فلا يُسَمَّى ذلك صُلْحًا . ونحوَ ذلك قال ابنُ أبى مُوسَى ، وسَمَّاهُ القاضِى وأَصْحابُه صُلْحًا . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ وغيرِه ؛ والخِلَافُ فى التَّسْمِيَةِ ، أمَّا المَعْنَى فمُتَّفَقٌ عليه ، وهو فِعْلُ ما عَدَا وَفَاءَ الحَقِّ ، وإسْقَاطُه على وَجْهٍ يَصِحُّ ، وذلك ثَلَاثَةُ أقْسَامٍ ؛ مُعَاوَضَةٌ ، وإبْرَاءٌ ، وهِبَةٌ .

---

(١) المحال ، بكسر الميم : الكيد ورَوْم الأمر بالحيل .

(٢) فى ب : « بإسقاط » .

(٣) فى ب ، م : « إسحاق » .

(٤) فى ا زيادة : « منه » . ولعل قراءة الجملة : « نفس منه » .

فأمَّا المُعَاوَضَةُ ، فهو أن يَعْتَرِفَ له بعَيْنٍ فى يَدِه ، أو دَيْنٍ فى ذِمَّتِه ، ثم يَتَّفِقان على تَعْوِيضِه عن ذلك بما يجوزُ تَعْوِيضُه به ، وهذا ثَلاثَةُ أضْرُبٍ ؛ أحدها ، أن يَعْتَرِفَ / له بأَحَدِ النَّقْدَيْنِ، فيُصَالِحه [على] الآخرِ، نحوُ أن يَعْتَرِفَ له بمائَةِ دِرْهَمٍ ، فيُصَالِحَهُ منها بعَشرَةِ دَنَانِيرَ، أو يَعْتَرِفَ له بعَشرَةِ دَنَانِيرَ، فَيُصَالِحَه على مائَةِ دِرْهَمٍ ، فهذا صَرْفٌ، يُشْتَرَطُ له شُرُوطُ الصَّرْفِ ، من التَّقَابُضِ فى المَجْلِسِ ونحوِه . الثانى ، أن يَعْتَرِفَ له بعُرُوضٍ ، فَيُصَالِحَه على أَثْمانٍ ، أوْ بأَثْمانٍ ، فَيُصَالِحَه على عُرُوضٍ ، فهذا بَيْعٌ يَثْبُتُ فيه أحْكَامُ البَيْعِ . وإن اعْتَرَفَ له بدَيْنٍ ، فصَالَحَه على مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ ، لم يَجُزِ التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ . الثالثُ . أن يُصَالِحَهُ على سُكْنَى دَارٍ ، أو خِدْمَةِ عَبْدٍ ، ونحوِه ، أو على أن يَعْمَلَ له عَمَلًا مَعْلُومًا ، فيكونُ ذلك إجَارَةً ، لها حُكْمُ سائِرِ الإجَارَاتِ ، وإذا أُتْلِفَ[5] الدَّارُ أو العَبْدُ قبلَ اسْتِيفَاءِ شىءٍ من المَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتِ الإجَارَةُ ، ورَجَعَ بما صَالَحَ عنه . وإن تَلِفَتْ[6] بعد اسْتِيفَاءِ شَىءٍ من المَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ، ورَجَعَ بِقِسْطِ ما بَقِىَ . ولو صَالَحَهُ على أن يُزَوِّجَهُ جَارِيَتَهُ، وهو ممَّن يجوزُ له نِكَاحُ الإمَاءِ، صَحَّ. وكان المُصَالَحُ عنه صَدَاقَهَا[7] ، فإن انْفَسَخَ النِّكَاحُ قبل الدُّخُولِ بأَمْرٍ يُسْقِطُ الصَّدَاقَ، رَجَعَ الزَّوْجُ بما صَالَحَ عنه، وإن طَلَّقَهَا قبلَ الدُّخُولِ، رَجَعَ بِنِصْفِهَا، وإن كان المُعْتَرِفُ امْرَأَةً، فصَالَحَتِ المُدَّعِى على أن تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، جازَ . ولو كان المُعْتَرَفُ به عَيْبًا فى مَبِيعِها ، فصَالَحَتْهُ على نِكَاحِهَا، صَحَّ. فإن زَالَ العَيْبُ، رَجَعَتْ بأَرْشِه؛ لأنَّ ذلك صَدَاقُها، فرَجَعَتْ به، لا بمَهْرِ مِثْلِهَا . وإن لم يَزُلِ العَيْبُ ، لكن انْفَسَخَ نِكَاحُها بما يُسْقِطُ صَدَاقَها ، رَجَعَ عليها بأَرْشِه .

---

(٥) فى ب : « أتلفت » .

(٦) فى ب : « تلف » .

(٧) فى ب : « صداقا » .

القسم الثانى ، الإِبْرَاءُ ، وهو أن يَعْتَرِفَ له بِدَيْنٍ فى ذِمَّتِه ، فيقولَ : قد أَبْرَأْتُكَ من نِصْفِه أو جُزْءٍ مُعَيَّنٍ منه ، فأَعْطِنِى ما بَقِىَ . فَيَصِحُّ إذا كانتِ البَرَاءَةُ مُطْلَقَةً من غير شَرْطٍ . قال أحْمَدُ : إذا كان لِلرَّجُلِ على الرَّجُلِ الدَّيْنُ ، ليس عنده وفاءٌ فوَضَعَ عنه بعضَ حَقِّه ، وأَخَذَ منه البَاقِىَ ، كان ذلك جَائِزًا لهما ، ولو فَعَلَ ذلك قَاضٍ ، لم يكُنْ عليه فى ذلك إِثْمٌ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ[8] كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضَعُوا عنه ، فوَضَعُوا عنه الشَّطْرَ[9] . وفى الذى أُصِيبَ فى حَدِيقَتِه فمَرَّ به النبىُّ ﷺ ، وهو مَلْزُومٌ ، فأَشَارَ إلى غُرَمَائِه بالنِّصْفِ ، فأَخَذُوه منه[10] . فإن فَعَلَ ذلك / قَاضٍ اليوم ، جَازَ إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . ورَوَى يُونُسُ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن عبدِ اللهِ بن كَعْبٍ ، عن أبِيه ، أنَّه تَقَاضَى ابنَ أبى حَدْرَدٍ دَيْنًا كان له[11] عليه فى المَسْجِدِ ، فارْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُما حتى سَمِعَهـا رسولُ اللهِ ﷺ ، فخَرَجَ إليهما ، ثم نَادَى : « يَا كَعْبُ » . قال : لَبَّيْكَ يا رسولَ اللهِ . فأَشَارَ إليه ، أن ضَعِ الشَّطْرَ من دَيْنِكَ . قال : قد فَعَلْتُ يا رسولَ اللهِ . قال رسُولُ اللهِ ﷺ : « قُمْ فأَعْطِه »[12] . فإن قال : على أن تُوَفِّيَنِى ما بَقِىَ بَطَلَ ؛ لأنَّه ما أَبْرَأَهُ عن

٤/٩٥ ظ

---

(٨) فى ا ، ب زيادة : « قد » .

(٩) وضع الشطر يأتى فى قضية ابن أبى حدرد ، وحديث جابر ليس فى قضاء بعض الدين وتأخير البعض ، وأخرجه البخارى ، فى : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضى أو جازفه فى الدين تمرا بتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب إذا وهب دينا على رجل ، من كتاب الهبة ، وفى : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفى : باب علامات النبوة فى الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٣ / ١٥٤ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٤ / ٢٣٥ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢ / ١٠٧ . والنسائى ، فى : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦ / ٢٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٣ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣١٣ .

(١٠) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، فى : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

(١١) سقط من : م .

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخارى ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، فى : باب =

بعضِ الحَقِّ إلّا لِيُوفِّيَهُ بَقِيَّتَهُ ، فكأنه عَاوَضَ[١٣] بعضَ حَقِّه ببعضٍ .

القسم الثالث ، الهِبَةُ . وهو أن يكونَ له فى يَدِه عَيْنٌ ، فيقولَ : قد وَهَبْتُكَ نِصْفَها ، فأَعْطِنِى بَقِيَّتَها . فيَصِحُّ ، ويُعْتَبَرُ له شُرُوطُ الهِبَةِ . وإن أَخْرَجَهُ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، لم يَصِحَّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه إذا شَرَطَ فى الهِبَةِ الوَفَاءَ جَعَلَ الهِبَةَ عِوَضًا عن الوَفاءِ به[١٤] ، فكأنَّه عَاوَضَ[١٥] بعضَ حَقِّه ببعضٍ . وإن أَبْرَأَهُ من بعضِ الدَّيْنِ ، أو وَهَبَ له بعضَ العَيْنِ بِلَفْظِ الصُّلْحِ ، مثلَ أن يقولَ : صَالِحْنِى بِنِصْفِ دَيْنِكَ عَلَىَّ ، أو بِنِصْفِ دَارِكَ هذه . فيقولَ : صَالَحْتُكَ بذلك . لم يَصِحَّ . ذَكَرَهُ القاضى وابنُ عَقِيلٍ . وهو قولُ بعضِ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ . وقال أَكْثَرُهُم : يجوزُ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إذا لم يَجُزْ بِلَفْظِه خَرَجَ عن أن يكونَ صُلْحًا ، ولا يَبْقَى له تَعَلُّقٌ به ، فلا يُسَمَّى صُلْحًا ، أما إذا كان بِلَفْظِ الصُّلْحِ سُمِّىَ صُلْحًا ؛ لِوُجُودِ اللَّفْظِ ، وإن تَخَلَّفَ المَعْنَى ، كالهِبَةِ بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، وإنَّما يَقْتَضِى لَفْظُ الصُّلْحِ المُعَاوَضَةَ إذا كان ثَمَّ عِوَضٌ ، أمَّا مع عَدَمِه فلا . وإنَّما مَعْنَى الصُّلْحِ الاتِّفَاقُ والرِّضَى ، وقد يَحْصُلُ هذا من غيرِ عِوَضٍ ، كالتَّمْلِيكِ إذا كان بِعِوَضٍ سُمِّىَ بَيْعًا ، وإن خَلَا عن العِوَضِ سُمِّىَ هِبَةً . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَقْتَضِى المُعَاوَضَةَ ؛ لأنَّه إذا قال : صَالِحْنِى بِهِبَةِ كذا ، أو على[١٦] هِبَةِ كذا ، أو على[١٦] نِصْفِ هذه العَيْنِ ، ونحو هذا . فقد أضافَ إليه بالمُقَابَلَةِ ، فصَارَ كقَوْلِه : بِعْنِى بِأَلْفٍ . وإن أضَافَ إليه « عَلَى » جَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ . كقوله تعالى : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[١٧] . وكِلَاهُما لا يجوزُ ؛ بِدَلِيلِ مالو صَرَّحَ بِلَفْظِ

= استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٩٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائى ، فى : باب حكم الحاكم فى داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٣) فى الأصل ، ا ، م : « عارض » تحريف .

(١٤) سقط من : ا ، ب .

(١٥) فى الأصل ، م : « عارض » .

(١٦-١٦) سقط من : م .

(١٧) سورة الكهف ٩٤ .

الشَّرْطِ أو بِلَفْظِ المُعَاوَضَةِ[١٨] . وقولهم : إنه يُسَمَّى صُلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وإن سُمِّـيَ صُلْحًا فمجازٌ ؛ لِتَضَمُّنِه قَطْعَ النِّزَاعِ وإزَالَةَ الخُصُومَةِ . وقولُهم : إن الصُّلْـحَ لا / يَقْتَضِي المُعَاوَضَةَ . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ . وإن سَلَّمْنَا لكن المُعَاوَضَةَ حَصَلَتْ من اقْتِرَانِ حَرْفِ البَاءِ ، أو عَلَى ، أو نحوِهما به[١٩] ، فإنَّ لَفْظَةَ الصُّلْحِ تَحْتَاجُ إلى حَرْفٍ تُعَدَّى به ، وذلك يَقْتَضِي المُعَاوَضَةَ ، على ما بَيَّنَّاهُ .

٩٦/٤و

فصل : وإن ادَّعَى على رَجُلٍ بَيْتًا ، فصَالَحَهُ على بعضِه ، أو على بِنَاءِ غُرْفَةٍ فَوْقَه ، أو على أن يَسْكُنَه سَنَةً ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُصَالِحُه من مِلْكِهِ على مِلْكِهِ أو مَنْفَعَتِه . وإن أسْكَنَه كان تَبَرُّعًا منه ، متى شَاءَ أَخْرَجَهُ منها . وإن أعْطَاهُ بعضَ دَارِه بِنَاءً على هذا ، فمتى شَاءَ انْتَزَعَهُ منه ؛ لأنَّه أَعْطَاهُ إيَّاهُ عِوَضًا عمَّا لا يَصْلُحُ عِوَضًا عنه . وإن فَعَلَ ذلك على سَبِيلِ المُصَالَحَةِ ، مُعْتَقِدًا أنَّ ذلك وَجَبَ عليه[٢٠] بالصُّلْحِ ، رجع عليه[٢٠] بأَجْرِ ما سَكَنَ وأَجْرِ ما كان فى يَدِه من الدَّارِ ؛ لأنَّه أخَذَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، فأَشْبَهَ المَبِيعَ المَأْخُوذَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، وسُكْنَى الدَّار بإجَارَةٍ فَاسِدَةٍ . وإن بَنَى فَوْقَ البَيْتِ غُرْفَةً ، أُجْبِرَ على نَقْضِهَا . وإذا آجَرَ السَّطْحَ مُدَّةَ مُقَامِهِ فى يَدَيْهِ ، فله أخْذُ آلَتِه . ولو اتَّفَقَا على أن يُصَالِحَهُ صَاحِبُ البَيْتِ عن بِنَائِه بِعِوَضٍ ، جَازَ . وإن بَنَى الغُرْفَةَ بِتُرَابٍ من أَرْضِ صَاحِبِ البَيْتِ وآلَاتِه ، فليس له أخْذُ بِنَائِه ؛ لأنَّه مِلْكٌ لِصَاحِبِ البَيْتِ . وإن أرَادَ نَقْضَ البِنَاءِ ، لم يكُنْ له ذلك ، إذا أَبْرَأَهُ المالِكُ من ضَمَانِ ما يَتْلَفُ به . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ نَقْضَه ، كقَوْلِنا فى الغَاصِبِ .

فصل : وإذا صَالَحَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِه سَنَةً ، صَحَّ ، وكانتْ إجَارَةً . وقد ذَكَرْنا ذلك . فإن بَاعَ العَبْدَ فى السَّنَةِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ويكون المُشْتَرِى مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ،

---

(١٨) فى النسخ : « المعارضة » .

(١٩) سقط من : ا .

(٢٠ – ٢٠) سقط من : الأصل ، ا ، م .

ولِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفاءُ مَنْفعَتِه إلى انْقِضاءِ مُدَّتِه ، كما لو زَوَّجَ أَمَتَهُ ثم باعَها . وإن لم يَعْلَم المُشْتَرِى بذلك ، فله الفَسْخُ ؛ لأنَّه عَيْبٌ . وإن أَعْتَقَ العَبْدَ فى أثْناءِ المُدَّةِ ، نَفَذَ عِتْقُه ؛ لأنَّه مَمْلوكُه يَصِحُّ بَيْعُه ، فصَحَّ عِتْقُه لغيرِه ، ولِلْمُصالِحِ أن يَسْتَوْفِىَ نَفْعَهُ فى المُدَّةِ ، لأنَّه أَعْتَقَهُ بعدَ أن مَلَّكَ مَنْفَعَتَهُ لغيرِه ، فأشْبَهَ مالو أعْتَقَ الأمَةَ المُزَوَّجَةَ لِحُرٍّ . ولا يَرْجِعُ العَبْدُ على سَيِّدِه بشىءٍ ؛ لأنَّه ما زَالَ مِلْكُه بالعَتْقِ إلَّا عن الرَّقَبَةِ ، والمَنافِعُ حِينَئِذٍ مَمْلُوكَةٌ لغيرِه ، فلم تَتْلَفْ مَنافِعُه بالعَتْقِ ، فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، وإن أعْتَقَهُ مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ ، / فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، كما لو أعْتَقَ زَمِنًا أو مَقْطُوعَ اليَدَيْنِ ، أو أعْتَقَ أمَةً مُزَوَّجَةً ، وذَكَرَ القاضى وابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يَرْجِعُ على سَيِّدِه بأَجْرِ مثله . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العِتْقَ اقْتَضَى إزَالَةَ مِلْكِه عن الرَّقَبَةِ والمَنْفَعةِ جَمِيعًا ، فلمَّا لم تَحْصُلِ المَنْفَعَةُ لِلْعَبْدِ هٰهُنا ، فكأنَّه حَالَ بينه وبينَ مَنْفَعَتِه . ولَنا ، أنَّ إعْتاقَهُ لم يُصادِفْ لِلْمُعْتِقِ سِوَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، فلم يُؤَثِّرْ إلَّا فيه ، كما لو وَصَّى لِرَجُلٍ برَقَبَةِ عَبْدٍ[21] ولآخَرَ بنَفْعِه ، فأَعْتَقَ صاحِبُ الرَّقَبَةِ ، وكما لو أعْتَقَ أمَةً مُزَوَّجَةً . وقولُهم : إنَّه اقْتَضَى زَوَالَ المِلْكِ عن المَنْفَعَةِ . قُلْنا : إنَّما يَقْتَضِى ذلك إذا كانت مَمْلُوكَةً له[22] ، أمَّا إذا كانت مَمْلُوكَةً لغيرِه فلا يَقْتَضِى إعْتاقُهُ إزَالَةَ ما ليس بمَوْجُودٍ ، وإن تَبَيَّنَ أن العَبْدَ مُسْتَحَقٌّ ، تَبَيَّنَ بُطْلانُ الصُّلْحِ لِفَسادِ العِوَضِ ، ورَجَعَ المُدَّعِى فيما أَقَرَّ له به . وإن وَجَدَ العَبْدَ مَعِيبًا عَيْبًا تَنْقُصُ به المَنْفَعَةُ ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ . وإن صَالَحَ على العَبْدِ بعَيْنِه ، صَحَّ الصُّلْحُ ، ويكونُ بَيْعًا . والحُكْمُ فيما إذا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أو ظَهَرَ به عَيْبٌ ، كما ذكَرْنا .

فصل : إذا ادَّعَى زَرْعًا فى يَدِ رَجُلٍ ، فأقَرَّ له به ، ثم صَالَحَهُ منه على دَرَاهِمَ ، جَازَ على الوَجْهِ الذى يَجُوزُ به بَيْعُ الزَّرْعِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى البَيْعِ . وإن كان الزَّرْعُ فى يَدِ رَجُلَيْنِ ، فأقَرَّ له أحَدُهما بنِصْفِه ، ثم صَالَحَهُ عليه قبلَ اشْتِدَادِ حَبِّه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إن صَالَحَهُ عليه بشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، أو من غيرِ شَرْطِ القَطْعِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيْعُه كذلك . وإن شَرَطَ القَطْعَ لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه قَطْعُه إلَّا بِقَطْعِ زَرْعِ الآخَرِ . ولو كان

٩٦/٤ ظ

---

(٢١) فى ب : « عبده » .

(٢٢) سقط من : ا .

الزَّرْعُ لواحِدٍ ، فأقَرَّ لِلْمُدَّعِى بِنصْفِه ، ثم صَالَحَه عنه بِنصْفِ الأَرْضِ ، لِيَصِيرَ الزَّرْعُ كله لِلْمُقِرِّ ، والأَرْضُ بينهما نِصْفَيْنِ ، فإن شَرَطَ القَطْعَ جَازَ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كله لِلْمُقِرِّ ، فجَازَ شَرْطُ قَطْعِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ فى الزَّرْعِ ما ليس بِمَبِيعٍ ، وهو النِّصْفُ الذى لم يُقِرَّ به ، وهو فى النِّصْفِ الباقِى له ، فلا يَصِحُّ اشْتِرَاطُ قَطْعِه ، كما لو شَرَطَ قَطْعَ زَرْعٍ آخَرَ فى أَرْضٍ أُخْرَى . وإن صَالَحَهُ عنه[٢٣] بجَمِيعِ الأَرْضِ بشَرْطِ القَطْعِ لِيُسَلِّمَ الأَرْضَ إليه فَارِغَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزَّرْعِ مُسْتَحَقٌّ نِصْفُه بِحُكْمِ الصُّلْحِ ، والباقِى لِتَفْرِيغِ الأَرْضِ ، فأمكن القَطْعُ . وإن كان إقْرارُه بجَمِيعِ الزَّرْعِ ، فصَالَحَهُ من نِصْفِه على نِصْفِ الأَرْضِ ، ليكونَ الأَرْضُ / والزَّرْعُ بينهما نِصْفَيْنِ ، وشَرَطَ القَطْعَ فى الجَمِيعِ ، احْتَمَلَ الجَوَازَ ؛ لأنَّهما قد شَرَطَا قَطْعَ كلِّ الزَّرْعِ وتَسْلِيمَ الأَرْضِ فَارِغَةً ، واحْتَمَلَ المَنْعَ ؛ لأنَّ بَاقِى الزَّرْعِ ليس بِمَبِيعٍ ، فلا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِه فى العَقْدِ .

٤/٩٧و

فصل : إذا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِه فى هَوَاءِ مِلْكِ غيرِه ، أو هَوَاءِ جِدَارٍ له فيه شَرِكَةٌ ، أو على نَفْسِ الجِدَارِ ، لَزِمَ مَالِكَ الشَّجَرَةِ إزَالَةُ تلك الأَغْصَان ، إمَّا بِرَدِّهَا إلى نَاحِيَةٍ أُخْرَى ، وإمَّا بالقَطْعِ ؛ لأنَّ الهَوَاءَ مِلْكٌ لِصَاحِبِ القَرَارِ ، فوَجَبَ إزَالَةُ ما يَشْغَلُه من مِلْكِ غيرِه كالقَرَارِ . فإن امْتَنَعَ المالِكُ من إزَالَتِه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه من غيرِ فِعْلِه ، فلم يُجْبَرْ على إزَالَتِه ، كما إذا لم يكُنْ مَالِكًا له[٢٤] . وإن تَلِفَ بها شىءٌ ، لم يَضْمَنْهُ كذلك . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على إزَالَتِه ، ويَضْمَنَ ما تَلِفَ به ، إذا أُمِرَ بإزَالَتِه فلم يَفْعَلْ ، بنَاءً على ما إذا مَالَ حَائِطُه إلى مِلْكِ غيرِه ، على ما سَنَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . وعلى كلا الوَجْهَيْنِ ، إذا امْتَنَعَ من إزَالَتِه كان لِصَاحِبِ الهَوَاءِ إزَالَتُه بأحَدِ الأَمْرَيْنِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ البَهِيمَةِ التى تَدْخُلُ دَارَه ، له إخْرَاجُها ، كذا هـٰهُنا . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . فإن أمْكَنَه إزَالَتُها بلا إتْلَافٍ ولا قَطْعٍ ، من غيرِ مَشَقَّةٍ تَلْزَمُه ولا غَرَامَةٍ ، لم يَجُزْ له إتْلَافُها ، كما أنَّه إذا

---

(٢٣) فى الأصل ، ب ، م : « منه » .

(٢٤) فى ب : « ملكا » .

أَمْكَنَه إِخْرَاجُ البَهِيمَةِ من غير إتْلَافٍ لم يَجُزْ له إتْلَافُها . فإن أَتْلَفَها فى هذه الحال غَرِمَهَا ، وإن لم يُمْكِنْه إزَالَتُها إلَّا بالإتْلَافِ ، فله ذلك ، ولا شىءَ عليه ؛ فإنَّه لا يَلْزَمُه إقْرَارُ مالِ غيرِه فى مِلْكِه . فإن صَالَحَهُ على إقْرَارِها بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، فَاخْتَلَفَ أصْحَابُنا . فقال ابنُ حامِدٍ وابنُ عَقِيلٍ : يجوزُ ذلك رَطْبًا كان الغُصْنُ أو يَابِسًا ؛ لأنَّ الجَهالَةَ فى المُصالَحِ عنه لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، لِكَوْنِها لا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، بِخِلَافِ العِوَضِ ، فإنَّه يَفْتَقِرُ إلى العِلْمِ ؛ لِوُجُوبِ تَسْلِيمِه ، ولأنَّ الحاجَةَ دَاعِيَةٌ إلى الصُّلْحِ عنه ، لكَوْنِ ذلك يَكْثُرُ فى الأَمْلَاكِ المُتَجَاوِرَةِ ، وفى القَطْعِ إتْلَافٌ وضَرَرٌ ، والزِّيَادَةُ المُتَجَدِّدَةُ يُعْفَى عنها ، كالسِّمَنِ الحادِثِ فى المُسْتَأْجَرِ لِلرُّكُوبِ ، والمُسْتَأْجِرِ للغُرْفَةِ يَتَجَدَّدُ له الأَوْلَادُ ، والغِرَاسِ الذى يَسْتَأْجِرُ له الأَرْضَ يَعْظُمُ ويَجْفُو . وقال[25] أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ المُصَالَحَةُ عنه بحالٍ ، رَطْبًا كان أو يَابِسًا ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ ويَتَغَيَّرُ ، واليَابِسُ يَنْقُصُ ، ورُبَّما ذَهَبَ كلُّه . وقال القاضى : إن كان يَابِسًا مُعْتَمِدًا على نَفْسِ الجِدَارِ ، / صَحَّتِ المُصَالَحَةُ عنه ؛ لأنَّ الزِّيَادَةَ مَأْمُونَةٌ فيه ، ولا يَصِحُّ الصُّلْحُ على غيرِ ذلك ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ فى كل وَقْتٍ ، وما لا يَعْتَمِدُ على الجِدَارِ ، لا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه ؛ لأنَّه تَبَعُ الهَوَاءِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . واللَّائِقُ بمَذْهَبِ أحْمَدَ صِحَّتُه ؛ لأنَّ الجَهالَةَ فى المُصالَحِ عنه لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ إذا لم يكُنْ إلى العِلْمِ به سَبِيلٌ ، وذلك لِدُعَاءِ الحَاجَةِ اليه ، وكَوْنِه لا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمٍ ، وهذا كذلك . والهَوَاءُ كالقَرَارِ فى كونِه مَمْلُوكًا لِصَاحِبِه ، فَجازَ الصُّلْحُ على ما فيه ، كالذى فى القَرَارِ .

٤/٩٧ظ

فصل : وإن صَالَحَهُ على إقْرَارِهَا بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ من ثَمَرِهَا ، أو بِثَمَرِهَا كلِّه ، فقد نَقَلَ المَرُّوذِىُّ وإسحاقُ بن إبراهيمَ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن ذلك ، فقال : لا أَدْرِى . فيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ . ونحوَه قال مَكْحُولٌ ، فإنَّه نُقِلَ عنه أنَّه قال : أَيُّما شَجَرَةٍ ظَلَّلَتْ على قَوْمٍ ، فهم بالخِيَارِ بين قَطْعِ ما ظَلَّلَ ، أو أَكْلِ ثَمَرِهَا . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ . وهو قَوْلُ

---

(٢٥) سقطت الواو من الأصل ، ا ، م .

الأَكْثَرِينَ . وإليه ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ ؛ لأَنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، فإنَّ الثَّمَرَةَ مَجْهُولَةٌ[٢٦] ، وجُزْؤُهَا مَجْهُولٌ ، ومن شَرْطِ الصُّلْحِ العِلْمُ بالعِوَضِ ، ولأنَّ المُصالَحَ عليه أيضا مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه يَزِيدُ ويَتَغَيَّرُ على ما أَسْلَفْنَا . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّ هذا ممَّا يَكْثُرُ فى الأَمْلَاكِ ، وتَدْعُو الحَاجَةُ إليه ، وفى القَطْعِ إتْلَافٌ ، فجَازَ مع الجَهَالَةِ ، كالصُّلْحِ على مَجْرَى مِيَاهِ الأَمْطَارِ ، والصُّلْحِ على المَوَارِيثِ الدَّارِسَةِ ، والحُقُوقِ المَجْهُولَةِ التى لا سَبِيلَ إلى عِلْمِهَا ، ويَقْوَى عندى أنَّ[٢٧] الصُّلْحَ هٰهُنا يَصِحُّ ، بمَعْنَى أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُبِيحُ صاحِبَه ما بَذَلَ له ، فصاحِبُ الهَوَاءِ يُبِيحُ صَاحِبَ الشَّجَرَةِ إبْقَاءَهَا ، ويَمْتَنِعُ من قَطْعِها وإزَالَتِها ، وصَاحِبُ الشَّجَرَةِ يُبِيحُه ما بَذَلَ له من ثَمَرتِها ، ولا يكونُ هذا بمَعْنَى البَيْعِ ؛ لأَنَّ البَيْعَ لا يَصِحُّ بِمَعْدُومٍ ولا مَجْهُولٍ ، والثَّمَرةُ فى حالِ الصُّلْحِ مَعْدُومَةٌ مَجْهُولَةٌ ، ولا هو لَازِمٌ ، بل لكلِّ واحِدٍ منهما الرُّجُوعُ عمَّا بَذَلَه ، والعَوْدُ فيما قالَه؛ لأنَّه مُجَرَّدُ إباحَةٍ من كلِّ واحِدٍ منهما لِصَاحِبِه ، فَجَرَى مَجْرَى قولِ كلِّ واحِدٍ منهما لِصَاحِبِه : اسْكُنْ دارِى ، وأَسْكُنُ دَارَكَ . من غير تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، ولا ذِكْرِ شُرُوطِ الإجارَةِ ، أو قوله : أَبَحْتُكَ الأَكْلَ من ثَمَرَةِ بُسْتَانِى ، فأَبِحْنِى الأَكْلَ من ثمرةِ بُسْتَانِكَ . وكذلك قوله : دَعْنِى أُجْرِى فى أَرْضِكَ مَاءً ، ولك أن تَسْقِيَ به ما شِئْتَ ، وتَشْرَبَ / منه . ونحو ذلك ، فهذا مِثْلُه بل أَوْلَى ، فإنَّ هذا ممَّا تَدْعُو الحاجَةُ إليه كثِيرًا ، وفى إلْزَامِ القَطْعِ ضَرَرٌ كَبِيرٌ ، وإتْلَافُ أَمْوَالٍ كَثِيرَةٍ ، وفى التَّرْكِ من غير نَفْعٍ يَصِلُ إلى صَاحِبِ الهَوَاءِ ضَرَرٌ عليه ، وفيما ذَكَرْنَاهُ جَمْعٌ بين الأَمْرَيْنِ ، ونَظَرٌ لِلْفَرِيقَيْنِ ، وهو على وَفْقِ الأُصُولِ ، فكان أَوْلَى .

٩٨/٤و

فصل : وكذلك الحُكْمُ فى كل[٢٨] ما امْتَدَّ من عُرُوقِ شَجَرَةِ إنْسَانٍ إلى أَرْضِ جَارِهِ ، سواءٌ أَثَّرَتْ ضَرَرًا مثلَ تَأْثِيرِها فى المَصَانِعِ ، وطَيِّ الآبَارِ ، وأَسَاسِ الحِيطَانِ أو مَنْعِها من

---

(٢٦) سقط من : ا .

(٢٧) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٨) سقط من : ب .

ثَبَاتِ شَجَرٍ لِصَاحِبِ الأَرْضِ أو زَرْعٍ ، أو لم يُؤَثِّر ؛ فإنَّ الحُكْمَ فى قَطْعِه والصُّلْحِ عليه كالحُكْمِ فى الفُرُوعِ ، إلَّا أن العُرُوقَ لا ثَمَرَ لها ، فإن اتَّفَقَا على أنَّ ما نَبَتَ من عُرُوقِهَا لِصَاحِبِ الأَرْضِ ، أو جُزْءٍ مَعْلُومٍ منه ، فهو كالصُّلْحِ على الثَّمَرِ فيما ذَكَرْنَا ، فعلَى قولِنا ، إذا اصْطَلَحَا على ذلك ، فمَضَتْ مُدَّةٌ ، ثم أَبَى صَاحِبُ الشَّجَرَةِ دَفْعَ نَبَاتِها إلى صَاحِبِ الأَرْضِ ، فعليه أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه إنَّما تَرَكَهُ فى أَرْضِه لهذا ، فلما لم يُسَلِّمْه[29] له ، رَجَعَ بأَجْرِ المثل ، كما لو بَذَلَها بِعِوَضٍ فلم يُسَلِّمْ له . وكذلك الحُكْمُ فى مَن مَالَ حائِطُه إلى هَوَاءِ مِلْكِ غيرِه ، أو ذَلِقَ من أخْشَابِه إلى مِلْكِ غيرِه ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنَا .

فصل : وإذا صَالَحَهُ على المُؤَجَّلِ ببعضِه حَالًّا ، لم يَجُزْ ، كَرِهَهُ زَيْدُ بن ثَابِتٍ ، وابنُ عُمَرَ – وقال : نَهَى عُمَرُ أن تُبَاعَ العَيْنُ بالدَّيْنِ – وسَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والقَاسِمُ ، وسَالِمٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ عُيَيْنَةَ ، وهُشَيْمٌ ، وأبو حنيفةَ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن[30] ابن عَبَّاسٍ[30] ، والنَّخَعِىِّ ، وابن سِيرِينَ ، أنَّه لا بَأْسَ به . وعن الحَسَنِ وابنِ سِيرِينَ ، أنَّهما كانا لا يَرَيَانِ بَأْسًا بالعُرُوضِ[31] يَأْخُذُها من حَقِّه قبلَ مَحِلِّه ؛ لأنَّهما تَبَايَعَا العُرُوضَ بما فى الذِّمَّةِ ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَاهَا بثَمَنِ مِثْلِها . ولعل ابنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بأنَّ التَّعْجِيلَ جائِزٌ ، والإسْقَاطَ وَحْدَه جائِزٌ ، فجازَ الجَمْعُ بينهما ، كما لو فَعَلَا ذلك من غير مُوَاطَأَةٍ[32] عليه . ولَنا ، أنَّه يَبْذُلُ القَدْرَ الذى يَحُطُّه عِوَضًا عن تَعْجِيلِ ما فى ذِمَّتِه ، وبَيْعُ الحُلُولِ والتَّأْجِيلِ لا يجوزُ ، كما لا يجوزُ أن يُعْطِيَهُ عَشَرَةً حَالَّةً بعِشْرِينَ مُؤَجَّلَة ، ولأنَّه يَبِيعُه عَشَرَةً بعِشْرِينَ ، فلم يَجُز ، كما لو كانت مَعِيبَةً ، ويُفَارِقُ ما إذا كان من غيرِ مُوَاطَأَةٍ ولا عَقْدٍ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ / منهما مُتَبَرِّعٌ بِبَذْلِ حَقِّه من غير ٤/٩٨ ظ

---

(٢٩) فى ب : « يسلم » .
(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل .
(٣١) فى ا ، ب ، م زيادة : « أن » .
(٣٢) فى م : « وطأة » .

عِوَضٍ . ولا يَلْزَمُ من جَوَازِ ذلك جَوَازُه فى العَقْدِ ، أو مع الشَّرْطِ[٣٣] كَبَيْعِ [٣٤] دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْن[٣٤] . ويُفَارِقُ ما إذا اشْتَرَى العُرُوضَ بِثَمَنِ مِثْلِها ؛ لأنَّه لم يَأْخُذْ عن الحُلُولِ عِوَضًا . فأما إن صَالَحَهُ عن أَلْفٍ حالَّة[٣٥] بِنِصْفِهَا مُؤَجَّلًا ، فإن فَعَلَ ذلك اخْتِيارًا منه ، وتَبَرُّعًا به ، صَحَّ الإسْقَاطُ ، ولم يَلْزَمِ التَّأْجِيلُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتَأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، على ما ذَكَرْنا فيما مَضَى ، والإسْقَاطُ صَحِيحٌ . وإن فَعَلَهُ لِمَنْعِه من حَقِّه بدونه ، أو شَرَطَ ذلك فى الوَفَاءِ ، لم يَسْقُطْ شىءٌ أيضا . على ما ذَكَرْنا فى أوَّلِ البَابِ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ فى هذا رِوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهما لا يَصِحُّ . وما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ أَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ ، سواءٌ كان عَيْنًا أو دَيْنًا ، إذا كان مِمَّا لا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه . قال أحمدُ فى الرَّجُلِ يُصَالِحُ على[٣٦] الشَّىْءِ ، فإن عَلِمَ أنَّه أكْثَرُ منه ، لم يَجُزْ إلَّا أن يُوقِفَهُ عليه ، إلَّا أن يكونَ مَجْهُولًا لا يَدْرِى ما هو ، ونَقَلَ عنه عبدُ الله ، إذا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وطُحِنَا ، فإن عَرَفَ قِيمَةَ دَقِيقِ الحِنْطَةِ ودَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بِيعَ هذا ، وأُعْطِىَ كلُّ واحدٍ منهما قِيمَةَ مَالِه ، إلَّا أن يَصْطَلِحَا على شَىْءٍ ويَتَحَالَّا . وقال ابن أبى موسى : الصُّلْحُ الجائِزُ هو صُلْحُ الزَّوْجَةِ من صَدَاقِهَا الذى لا بَيِّنَةَ لها به ، ولا عِلْمَ لها ، ولا لِلْوَرَثَةِ بِمَبْلَغِه ، وكذلك الرَّجُلَانِ يكون بَيْنَهما المُعَامَلَةُ والحِسَابُ الذى قد مَضَى عليه الزَّمَانُ الطَّوِيلُ ، لا عِلْمَ لكلِّ واحدٍ منهما بما عليه لِصَاحِبِه ، فيجوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهما ، وكذلك مَن عليه حَقٌّ لا عِلْمَ له بِقَدْرِهِ ، جَازَ أن يُصَالِحَ عليه ، وسواء كان صَاحِبُ الحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّهِ ولا بَيِّنَةَ له ، أو لا عِلْمَ له . ويقول القَابِضُ : إن كان لى عليك حَقٌّ فأَنْتَ فى حِلٍّ منه[٣٧] . ويقول الدَّافِعُ : إن كنت أَخَذْتَ مِنِّى أكْثَرَ من حَقِّكَ فأَنْتَ منه فى حِلٍّ .

---

(٣٣) فى ا ، م : « الشركة » .

(٣٤ - ٣٤) فى م : « درهمين » .

(٣٥) فى الأصل ، ا : « حال » .

(٣٦) فى ب : « عن » .

(٣٧) سقط من : ا .

وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ الصُّلْحُ على مَجْهُولٍ ؛ لأنَّه فَرْعُ البَيْعِ ، ولا يَصِحُّ البَيْعُ على مَجْهُولٍ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال فى رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فى مَوَارِيثَ دَرَسَتْ : « اسْتَهِمَا ، وتَوَاخَيَا ، ولْيَحْلِلْ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ »[38] . وهذا صُلْحٌ على المَجْهُولِ . ولأنَّه إسْقَاطُ حَقٍّ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالعَتَاقِ والطَّلَاقِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الصُّلْحُ مع العِلْمِ ، وإمكانِ أداءِ الحَقِّ بعَيْنِه ، فلأَنْ يَصِحَّ مع الجَهْلِ أَوْلَى ، وذلك لأنَّه إذا كان مَعْلُومًا / فلهما طَرِيقٌ إلى التَّخَلُّصِ ، وبَرَاءَةِ أحَدِهِما من صَاحِبِه بدُونِه ، ومع الجَهْلِ لا يُمْكِنُ ذلك ، فلو لم يَجُزْ[39] الصُّلْحُ أفْضَى إلى ضَيَاعِ المالِ ، على تَقْدِيرِ أن يكونَ بينهما مالٌ لا يَعْرِفُ كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقِّه منه[40] . ولا نُسَلِّمُ كَوْنَه بَيْعًا ، ولا فَرْعَ بَيْعٍ ، وإنَّما هو إبْرَاءٌ . وإن سَلَّمْنَا كَوْنَه بَيْعًا ، فإنَّه يَصِحُّ فى المَجْهُولِ عندَ الحاجَةِ ، بدَلِيلِ بَيْعِ أساسَاتِ الحِيطَانِ ، وطَىِّ الآبارِ ، وما مَأْكُولُهُ فى جَوْفِه ، ولو أتْلَفَ رَجُلٌ صُبْرَةَ طَعَامٍ لا[41] يَعْلَمُ قَدْرَها ، فقال صَاحِبُ الطَّعَامِ لِمُتْلِفِه : بِعْتُكَ الطَّعَامَ الذى فى ذِمَّتِكَ [42]بهذه الدَّرَاهِمِ[42] ، أو بهذا الثَّوْبِ . صَحَّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن كان العِوَضُ فى الصُّلْحِ ممَّا لا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمِه ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه ، كالمُخْتَصِمِينَ فى مَوَارِيثَ دَارِسَةٍ ، وحُقُوقٍ سَالِفَةٍ ، أو عَيْنٍ من المالِ لا يَعْلَمُ كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقِّه منها ، صَحَّ الصُّلْحُ مع الجَهَالَةِ من الجانِبَيْنِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ من الخَبَرِ والمَعْنَى . وإن كان ممَّا يَحْتَاجُ إلى تَسْلِيمِه ، لم يَجُزْ مع الجَهَالَةِ ، ولا بُدَّ من كَوْنِه مَعْلُومًا ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه وَاجِبٌ ، والجَهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، وتُفْضِى إلى التَّنَازُعِ ، فلا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الصُّلْحِ .

فصل : فأمَّا ما يُمْكِنُهما مَعْرِفَتُه ، كَتَرِكَةٍ مَوْجُودَةٍ ، أو يَعْلَمُه الذى هو عليه ، ويَجْهَلُه صَاحِبُه ، فلا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه مع الجَهْلِ . قال أحمدُ : إن صُولِحَت امْرَأَةٌ من

٤/٩٩و

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢٦٥ .

(٣٩) فى الأصل ، م : « يجر » .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) فى ب : « ولا » .

(٤٢ – ٤٢) فى ب : « بهذا الدرهم » .

ثُمُنِها ، لم يَصِحَّ . واحْتَجَّ بقولِ شُرَيْحٍ : أيُّما امْرَأةٍ صُولِحَتْ من ثُمُنِها ، لم يَتَبَيَّنْ لها ما تَرَكَ زَوْجُها ، فهى الرِّيبَةُ كلُّها . قال : وإن وَرِثَ قَوْمٌ مَالًا ودُورًا وغيرَ ذلك ، فقالوا لبعضِهم : نُخْرِجُكَ من المِيرَاثِ بألْفِ دِرْهَمٍ . أكْرَهُ[٤٣] ذلك ، ولا يُشْتَرَى منها شيءٌ ، وهى لا تَعْلَمُ ، لعلَّها تَظُنُّ أنه قَلِيلٌ ، وهو يَعْلَمُ أنَّه كَثِيرٌ ، ولا يَشْتَرِى حتى تَعْرِفَهُ وتَعْلَمَ ما هو ، وإنما يُصَالِحُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ على الشيءِ لا يَعْرِفُه ، ولا يَدْرِى ما هو حِسَابٌ بينهما ، فيُصَالِحُه ، أو يكونُ رَجُلٌ يَعْلَمُ مَالَهُ على رَجُلٍ ، والآخَرُ لا يَعْلَمُهُ فيُصَالِحُه ، فأمَّا إذا عَلِمَ فلم يُصَالِحُه ؟ إنَّما يُرِيدُ أن[٤٤] يَهْضِمَ حَقَّه [٤٥] ويَذْهَبَ به [٤٥] . وذلك لأنَّ الصُّلْحَ إنَّما جَازَ مع الجَهَالَةِ ، لِلْحَاجَةِ إليه لإِبْرَاءِ الذِّمَمِ ، وإزَالَةِ الخِصَامِ[٤٦] ، فمع إمْكَانِ العِلْمِ لا حَاجَةَ إلى الصُّلْحِ مع الجَهَالَةِ ، فلم يَصِحَّ كالبَيْعِ .

٤/٩٩ظ **فصل** : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن كلِّ ما يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه / سواءٌ كان ممَّا يجوزُ بَيْعُه أو لا يجوزُ ، فيَصِحُّ عن دَمِ العَمْدِ ، وسُكْنَى الدَّارِ ، وعَيْبِ المَبِيعِ . ومتى صَالَحَ عمَّا يُوجِبُ القِصَاصَ بأكْثَرَ من دِيَتِه أو أقَلَّ ، جَازَ . وقد رُوِىَ أنَّ الحسنَ والحسينَ[٤٧] وسَعِيدَ ابنَ العِاصِ بَذَلُوا للذى وَجَبَ له القِصَاصُ على هُدْبَةَ بن خَشْرَمٍ[٤٨] سَبْعَ دِيَاتٍ ، فأبَى أن يَقْبَلَها . ولأنَّ المالَ غيرُ مُتَعَيِّنٍ ، فلا يَقَعُ العِوَضُ فى مُقَابَلَتِه . فأمَّا إن صَالَحَ عن قَتْلِ الخَطَأِ بأكْثَرَ من دِيَتِه من جِنْسِها ، لم يَجُزْ . وكذلك لو أتْلَفَ عَبْدًا أو شيئًا غيرَه ، فصَالَحَ عنه بأكْثَرَ من قِيمَتِه من جِنْسِهَا ، لم يَجُزْ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ عِوَضًا عن المُتْلَفِ ، فجَازَ أن يَأْخُذَ أكْثَرَ من قِيمَتِه ، كما لو بَاعَهُ بذلك .

---

(٤٣) أى قال : أكره ذلك .

(٤٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٤٥ – ٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) فى ب : « الخصائم » .

(٤٧) سقطت الواو من : م .

(٤٨) هدبة بن خشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الحطيئة ، قتل رجلا من بنى رقاش ، فى خبر طويل ، قتل نحو سنة خمسين للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

ولَنا ، أنَّ الدِّيَةَ والقِيمَةَ ثَبَتَتْ فى الذِّمَّةِ مُقَدَّرَةً ، فلم يَجُزْ أن يُصالِحَ عنها بأكْثَرَ منها من جِنْسِها ، كالثَّابتَةِ عن قَرْضٍ أو ثَمَنِ مَبِيعٍ ، ولأنَّه إذا أخذَ أكْثَرَ منها فقد أخَذَ حَقَّهُ وزِيادَةً لا مُقابِلَ لها ، فيكونُ أكْلَ مَالٍ بالبَاطِلِ . فأمَّا إن صَالَحَهُ على غيرِ جِنْسِها ، بأكْثَرَ قِيمَةً منها ، جَازَ ؛ لأنَّه بَيْعٌ ، ويَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ الشىءَ بأكْثَرَ من قِيمَتِه أو أقَلَّ .

فصل : ولو صَالَحَ عن المائةِ الثَّابِتَةِ فى الذِّمَّةِ بالإِتْلافِ ، بمائةٍ مُؤَجَّلَةٍ ، لم يَجُزْ ، وكانت حَالَّةً . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وعن أحْمَدَ : يجوزُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه عَاوَضَ عن المُتْلَفِ بمائةٍ مُؤَجَّلَةٍ ، فجازَ ، كما لو بَاعَهُ إيَّاهُ . ولَنا ، أنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ عليه قِيمَةَ المُتْلَفِ ، وهو مائةٌ حالَّةٌ ، والحالُّ لا يَتأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، وإن جَعَلْناهُ بَيْعًا فهو بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وبَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ غيرُ جَائِزٍ .

فصل : ولو صَالَحَ عن القِصَاصِ بعَبْدٍ ، فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، رَجَعَ بِقِيمَتِه فى قولِهم جَمِيعًا . وإن خَرَجَ حُرًّا فكذلك . وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ بالدِّيَةِ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فَاسِدٌ ، فيَرْجِعُ[49] بِبَذْلِ ما صَالَحَ عنه ، وهو الدِّيَةُ . ولَنا ، أنَّه تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ ما جَعَلَهُ عِوَضًا ، فرَجَعَ فى قِيمَتِه ، كما لو خَرَجَ مُسْتَحَقًّا .

فصل : ولو صَالَحَ عن دَارٍ أو عَبْدٍ بِعِوَضٍ ، فوَجَدَ العِوَضَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ فى الدَّارِ وما صَالَحَ عنه ، و بِقِيمَتِه إن كان تَالِفًا ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هٰهُنا بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، فإذا تَبَيَّنَ أنَّ العِوَضَ كان مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا كان البَيْعُ فَاسِدًا ، فرَجَعَ فيما كان له ، / بخِلَافِ الصُّلْحِ عن القِصَاصِ ، فإنَّه ليس بِبَيْعٍ ، وإنما يَأْخُذُ عِوَضًا عن إسْقاطِ القِصَاصِ . ولو اشْتَرى شَيْئًا فوَجَدَه مَعِيبًا ، فصَالَحَه (50 عن عَيْبِه 50) بعَبْدٍ ، فبَانَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ بأَرْشِ العَيْبِ . ولو كان البائِعُ امْرَأةً ، فزَوَّجَتْهُ نَفْسَها عِوَضًا عن أرْشِ العَيْبِ ، فزَالَ العَيْبُ رَجَعَتْ بأَرْشِه ، لا بِمَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّها رَضِيَتْ ذلك مَهْرًا لها .

٤/١٠٠و

---

(٤٩) فى الأصل ، ا ، م : « فرجع » .

(٥٠ – ٥٠) فى ا ، م : « عنه » .

فصل : ولو صالَحه عن القِصَاصِ[٥١] بحُرٍّ يَعْلَمانِ حُرِّيَتَهُ أو عَبْدٍ يَعْلَمانِ أنَّه مُسْتَحقٌّ ، أو تَصالَحا بذلك عن غير القِصَاص ، رَجَعَ بالدِّيَةِ ، وبما صَالَحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هٰهُنا بَاطِلٌ يَعْلَمانِ بُطْلَانَه ، فكان وُجُودُه كعَدَمِه .

فصل : إذا صَالَحَ رَجُلًا على مَوْضِعِ قَنَاةٍ من أرْضِه يَجْرِى فيها مَاءٌ ، وبَيَّنا مَوْضِعَها وعَرْضَها وطُولَها ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلك بَيْعٌ لِمَوْضِعٍ[٥٢] من أرْضِه ، ولا حَاجَةَ إلى بَيانِ عُمْقِه ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ المَوْضِعَ كان له إلى تُخُومِه ، فله أن يَنْزِلَ فيه ما شاءَ . وإن صالَحه[٥٣] على إجْرَاءِ الماءِ فى سَاقِيَةٍ من أرْضِ رَبِّ الأرْضِ ، مع بَقَاءِ مِلْكِه عليها ، فهذا إجَارَةٌ لِلأرْضِ ، فيُشْتَرَطُ تَقْدِيرُ المُدَّةِ ؛ لأنَّ هذا شَأْنُ الإجَارَةِ . فإن كانتِ الأرْضُ فى يَدِ رَجُلٍ بإجَارَةٍ ، جَازَ له أن يُصَالِحَ رَجُلًا على إجْرَاءِ الماءِ فيها فى سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لا تُجَاوِزُ مُدَّةَ إجَارَتِه . وإن لم تكن السَّاقِيَةُ مَحْفُورَةً لم يَجُزْ أن يُصَالِحَه على ذلك ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ إحْدَاثُ سَاقِيَةٍ فى أرْضٍ فى يَدِه بإجَارَةٍ . فأمَّا إن كانت الأرْضُ فى يَدِه وَقْفًا عليه ، فقال القاضى : هو كالمُسْتَأْجِرِ ، له أن يُصَالِحَ على إجْرَاءِ الماءِ فى سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ فى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وليس له أن يَحْفِرَ فيها سَاقِيَةً ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها ، إنَّما يَسْتَوْفِى مَنْفَعَتَها ، كالأرْضِ المُسْتَأْجَرَةِ سواءً . وهذا كلُّه مذهبُ الشَّافِعِىِّ . والأوْلَى أنَّه يجوزُ له حَفْرُ السَّاقِيَةِ ؛ لأنَّ الأرْضَ له ، وله التَّصرُّفُ فيها كيفما شاءَ ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فيها إلى غيره ، بخِلَافِ المُسْتَأْجِرِ ، فإنَّه إنَّما يَتَصرَّفُ فيها بما أُذِنَ له فيه ، فكان المَوْقُوفُ عليه بمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ إذا أُذِنَ له فى الحَفْرِ ، فإن مَاتَ المَوْقُوفُ عليه فى أثْناءِ المُدَّةِ ، فهل لمن انْتَقَلَ إليه فَسْخُ الصُّلْحِ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على ما إذا آجَرَهُ مُدَّةً ، فماتَ فى أثْنائِها . فإن قُلْنا : له فَسْخُ الصُّلْحِ . فَفَسَخَه ، رَجَعَ المُصَالِحُ على وَرَثَةِ الذى صَالَحَه / بِقِسْطِ ما بَقِىَ من المُدَّةِ . وإن قُلْنا : ليس له الفَسْخُ . رَجَعَ مَن انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ على الوَرَثَةِ .

٤/١٠٠ ظ

---

(٥١) فى ب ، م زيادة : « من » .

(٥٢) فى ا ، م : « موضع » .

(٥٣) سقط من : ا ، م .

فصل : وإن صَالَحَ رَجُلًا على إجْرَاءِ ماءِ سَطْحِه من المَطَرِ على سَطْحِه ، [٥٤] أو فى أرْضِه عن سَطْحِه [٥٤] ، أو فى أرْضِه عن أرْضِه ، جَازَ ، إذا كان ما يَجْرِى ماؤُه [٥٥] مَعْلُومًا ، إمَّا بالمُشَاهَدَةِ ، وإمَّا بِمَعْرِفَةِ المِسَاحَةِ ؛ لأنَّ الماءَ يَخْتَلِفُ بِصِغَرِ السَّطْحِ وكِبَرِه . ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه بغيرِ ذلك . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ المَوْضِعِ الذى يَجْرِى [٥٦] منه الماءُ إلى السَّطْحِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ . ولا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ مُدَّةٍ ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى هذا ، ويَجوزُ العَقْدُ على المَنْفَعَةِ فى مَوْضِعِ الحاجَةِ غيرَ مُقَدَّرٍ ، كما فى النِّكَاحِ ، ولا يَمْلِكُ صَاحِبُ الماءِ مَجْرَاهُ ؛ لأنَّ هذا لا يَسْتَوْفِى به مَنَافِعَ المَجْرَى دائِمًا [٥٧] ، ولا [٥٨] فى أكْثَرِ المُدَّةِ ، بخِلَافِ السَّاقِيَةِ ، ويَخْتَلِفَانِ أيضا [٥٩] فى أنَّ الماءَ الذى فى السَّاقِيَةِ لا يَحْتَاجُ إلى ما يُقَدَّرُ به ؛ لأن تَقْدِيرَ ذلك حَصَلَ بتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ أن يُجْرِىَ فيها أكْثَرَ من مَائِها ، والماءُ الذى على السَّطْحِ يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ السَّطْحِ ؛ لأنَّه يَجْرِى منه القَلِيلُ والكَثِيرُ . وإن كان السَّطْحُ الذى يَجْرِى عليه الماءُ مُسْتَأْجَرًا ، أو عَارِيَّةً مع إنْسَانٍ ، لم يَجُزْ أن يُصَالِحَ على إجْرَاءِ الماءِ عليه ؛ لأنَّه يَتَضَرَّرُ بذلك ، ولم يُؤْذَنْ له فيه ، فلم يكُنْ له أن يَتَصَرَّفَ به ، بخِلَافِ الماءِ فى السَّاقِيَةِ المَحْفُورَةِ ، فإنَّ الأرْضَ لا تَتَضَرَّرُ به . وإن كان مَاءُ السَّطْحِ يَجْرِى على أرْضٍ ، احْتَمَلَ أن لا يجوزَ له الصُّلْحُ على ذلك ؛ لأنَّه إن احْتَاجَ إلى حَفْرٍ لم يَجُزْ له أن يَحْفِرَ أرْضَ غيرِه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لغيرِ صَاحِبِ الأرْضِ رَسْمًا ، فرُبَّما ادَّعَى اسْتِحْقَاقَ ذلك على صَاحِبِها . واحْتَمَلَ الجَوازُ إذا لم يَحْتَجْ إلى حَفْرٍ ، ولم تكُنْ فيه مَضَرَّةٌ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ إجْرَاءِ الماءِ فى سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ . ولا يجوزُ إلَّا مُدَّةً لا تَزِيدُ على مُدَّةِ إجارَتِه ، كما قُلْنا فى إجْرَاءِ الماءِ فى السَّاقِيَةِ . واللهُ أعلمُ .

(٥٤ – ٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥) فى ا ، م : « ماءا » .

(٥٦) فى ب : « يخرج » .

(٥٧) سقط من : م .

(٥٨) فى م : « ولا المدة » .

(٥٩) سقط من : م .

فصل : وإذا أَرَادَ أن يُجْرِىَ مَاءً فى أَرْضِ غيرِه لغيرِ ضَرُورةٍ ، لم يَجُزْ إلّا بإذْنِه ، وإن كان لِضَرُورةٍ ، مثلُ أن يكونَ له أرْضٌ لِلزِّرَاعَةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ له إلّا أرْضُ جارِه ، فهل له ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، إحْداهما ، (٦٠لا يجوزُ٦٠) ؛ لأنَّه تَصرَّفَ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم تَدْعُ إليه ضَرُورةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحاجةِ لا تُبِيحُ مالَ غيرِه ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يُبَاحُ له[٦١] الزَّرْعُ فى أرْضِ غيرِه ، ولا البِنَاءُ فيها ، ولا الانْتفاعُ[٦٢] بشىءٍ / من مَنَافِعِها ٤/١٠١و المُحَرَّمةِ عليه قبل هذه الحاجةِ . والأُخْرَى يجوزُ ؛ لما رُوِىَ أنَّ الضَّحَّاكَ بن خَلِيفَةَ سَاقَ خليجًا من العُرَيْضِ[٦٣] ، فأرَادَ أن يَمُرَّ به فى أرْضِ مُحَمَّدِ بن مَسْلَمَةَ ، فأبَى ، فقال له الضَّحَّاكُ : لِمَ تَمْنَعُنِى وهو مَنْفَعَةٌ لك ، تَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّكَ ؟ فأبَى مُحَمَّدٌ ، فكَلَّمَ فيه الضَّحَّاكُ عُمَرَ ، فدَعَا مُحَمَّدَ بن مَسْلَمَةَ ، وأمَرَهُ أن يُخَلِّىَ سَبِيلَه . فقال محمدٌ : لا واللهِ . فقال له عمرُ[٦٤] : لِمَ تَمْنَعُ أخاكَ (٦٥ما يَنْفَعُه٦٥) ، وهو لك نَافِعٌ ، تَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا ؟ فقال محمدٌ : لا واللهِ . فقال عُمَرُ : واللهِ ليَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِكِ . فأمَرَهُ عُمَرُ أن يَمُرَّ به ، ففَعَلَه[٦٦] . رَوَاهُ مَالِكٌ فى « مُوطَّأه »[٦٧] ، وسَعِيدٌ فى « سُنَنِه » . والأوَّلُ أقْيَسُ ، وقولُ عُمَرَ يُخَالِفُه قولُ مُحَمَّدِ بن مَسْلَمَةَ ، وهو مُوافِقٌ للأُصُولِ ، فكان أوْلَى .

فصل : وإن صَالَحَ رَجُلًا على أن يَسْقِىَ أرْضَه من نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ ، أو من عَيْنِه ، وقَدَّرَهُ بشىءٍ يُعْلَمُ به ، فقال القاضى : لا يجوزُ ؛ لأنَّ الماءَ ليس بِمَمْلُوكٍ ، ولا يجوزُ بَيْعُه ، فلا يجوزُ الصُّلْحُ عليه ، ولأنَّه مَجْهُولٌ . قال : وإن صَالَحَهُ على سَهْمٍ من العَيْنِ أو

(٦٠ – ٦٠) سقط من : ب ، م . وورد فى نهاية المسألة فى م : قبل قوله : « والأخرى » الآتى .

(٦١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦٢) فى م : « الامتناع » تحريف .

(٦٣) العريض : وادى المدينة ، معجم البلدان ٣ / ٦٦١ .

(٦٤) سقط من : م .

(٦٥ – ٦٥) فى الأصل ، ا : « منفعته » .

(٦٦) فى ا ، ب ، م : « ففعل » .

(٦٧) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٦ .

النَّهرِ كالثُّلُثِ أو الرُّبعِ ، جازَ ، وكان بَيْعًا لِلْقَرَارِ ، والماءُ تابعٌ له . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ الصُّلْحُ على السَّقْيِ من نَهْرِه وقَنَاتِه ؛ لأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، والماءُ مما يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه في الجُمْلَةِ ، بِدَلِيلِ ما لو أخَذَهُ في قِرْبَتِه أو إنَائِه ، ويجوزُ الصُّلْحُ على ما لا يجوزُ بَيْعُه ؛ بِدَلِيلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ وأشْبَاهِه ، والصُّلْحِ على المَجْهُولِ[68] .

فصل : ولا يَصِحُّ الصُّلْحُ على ما لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، مثل أن يُصَالِحَ امْرأةً لِتُقِرَّ له[69] بالزَّوْجيَّةِ ؛ لأنَّه صُلْحٌ يُحِلُّ حَرَامًا ، ولأنَّها لو أرادَتْ بَذْلَ نَفْسِها بِعِوَضٍ لم يَجُزْ . وإن دَفَعَتْ إليه عِوَضًا عن هذه الدَّعْوَى لِيَكُفَّ عنها ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ في الإنْكَارِ إنَّما يكون في حَقِّ المُنْكِرِ لافْتِدَاءِ اليَمِينِ ، وهذه لا يَمِينَ عليها ، وفي حَقِّ المُدَّعِي بِأخْذِ العِوَضِ في مُقَابَلَةِ حَقِّه الذي يَدَّعِيه ، وخُرُوجُ البُضْعِ من مِلْكِ الزَّوْجِ لا قِيمَةَ له ، وإنَّما أُجيزَ الخُلْعُ للحَاجَةِ إلى افْتِدَاءِ نَفْسِهَا . والثاني ، يَصِحُّ ، ذَكَرَهُ أبو الخَطَّابِ وابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ المُدَّعِيَ / يَأْخُذُ عِوَضًا عن حَقِّه من النِّكَاحِ ، فجازَ كعِوَضِ الخُلْعِ ، والمَرْأَةُ تَبْذُلُه لِقَطْعِ خُصُومَتِه وإزَالَةِ شَرِّه ، ورُبَّمَا تَوَجَّهَتِ اليَمِينُ عليها لكَوْنِ الحاكِمِ يَرَى ذلك ، [70]أو لأنَّها مَشْرُوعَةٌ في حَقِّها في إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ[70] ، ومتى صَالَحَتْهُ على ذلك ، ثم[71] ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ بإقْرَارِهَا أو بِبَيِّنَةٍ ، فإن قُلْنا : الصُّلْحُ بَاطِلٌ . فالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ من الزَّوْجِ طَلَاقٌ ولا خُلْعٌ . وإن قُلْنا : هو صَحِيحٌ . احْتَمَلَ ذلك أيضا ؛ [72]لذلك ، واحْتَمَلَ[72] أن تَبِينَ منه بِأَخْذِ العِوَضِ ؛ لأنَّه أخَذَ العِوَضَ عمَّا يَسْتَحِقُّه من نِكَاحِها ، فكان خُلْعًا ، كما لو أقَرَّتْ له بالزَّوْجِيَّةِ فخَالَعَها[73] . ولو ادَّعَتْ أن زَوْجَها طَلَّقَها ثلاثا ، فصالَحَها على مَالٍ لِتَنْزِلَ عن

١٠١/٤ ظ

---

(٦٨) في ب زيادة : « عوضا بالأصل » .

(٦٩) سقط من : ا ، م .

(٧٠ - ٧٠) سقط من : ب ، وفي : ا ، م : « ولأنها » مكان : « أو لأنها » .

(٧١) سقط من : م .

(٧٢ - ٧٢) في ا ، ب ، م : « ولذلك احتمل » .

(٧٣) في ب مكان هذا : « أو لأنها مشروعة في إحدى الروايتين » .

دَعْوَاها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ لها بَذْلُ نَفْسِهَا لِمُطَلِّقِهَا بِعِوَضٍ ولا بغيرِه . وإن دَفَعَتْ إليه مَالًا لِيُقِرَّ بِطَلَاقِها ، لم يَجُزْ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخرِ يجوزُ ، كما لو بَذَلَتْ له عِوَضًا لِيُطَلِّقَها ثلاثا .

فصل : وإن ادَّعَى على رَجُلٍ أنَّه عَبْدُه ، فأنْكَرَه ، فصَالَحَهُ على مَالٍ لِيُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُحِلُّ حَرَامًا ، فإنَّ إرْقَاقَ الحُرِّ نَفْسَه لا يَحِلُّ بِعِوَضٍ ولا بغيرِه . وإن دَفَعَ إليه المُدَّعَى عليه مَالًا صُلْحًا عن دَعْوَاه ، صَحَّ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَعْتِقَ عَبْدَه بمالٍ ، ويُشْرَعُ لِلدَّافِعِ[74] لِدَفْعِ اليَمِينِ الوَاجِبَةِ عليه ، والخُصُومَةِ المُتَوَجِّهَةِ إليه . ولو ادَّعَى على رَجُلٍ ألْفًا ، فأنْكَرَهُ ، فدَفَعَ إليه شَيْئًا لِيُقِرَّ له بالأَلْفِ ، لم يَصِحَّ . فإن أقَرَّ لَزِمَهُ ما أقَرَّ به ، ويَرُدُّ ما أخَذَهُ ؛ لأنَّه تَبَيَّنَ بإقْرَارِه كَذِبُه فى إنْكَارِه ، وأنَّ الأَلْفَ عليه ، فيَلْزَمُه أدَاؤُه بغيرِ عِوَضٍ ، ولا يَحِلُّ له أخْذُ العِوَضِ عن أدَاءِ الوَاجِبِ عليه . وإن دَفَعَ إليه المُنْكِرُ مَالًا صُلْحًا عن دَعْوَاه ، صَحَّ . وقد مَضَى ذِكْرُه .

فصل : ولو صَالَحَ شَاهِدًا على أن لا يَشْهَدَ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أحْوَالٍ : أحدها ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بِحَقٍّ تَلْزَمُ الشَّهَادَةُ به ، كَدَيْنِ آدَمِيٍّ[75] ، أو حَقٍّ للهِ تعالى لا يَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ ، كالزَّكَاةِ ونحوِها ، فلا يجوزُ كِتْمَانُه ، ولا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عن ذلك ، كما لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ على شُرْبِ الخَمْرِ وتَرْكِ الصَّلَاةِ . الثانى ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بالزُّورِ . فهذا يَجِبُ عليه تَرْكُ ذلك ، ويحرمُ عليه فِعْلُه / ، فلا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، كما لا يجوزُ أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَقْتُلَه ولا يَغْصِبَ مَالَهُ . الثالث ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بما يُوجِبُ حَدًّا ، كالزِّنَا والسَّرِقَةِ ، فلا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لأنَّ ذلك ليس بِحَقٍّ له ، فلم يَجُزْ له أخْذُ عِوَضِه ، كسَائِرِ ما ليس بِحَقٍّ له . ولو صَالَحَ السَّارِقَ والزَّانِىَ والشَّارِبَ بِمَالٍ ، على أن لا يَرْفَعَهُ إلى

٤/١٠٢ و

---

(٧٤) سقط من : ا .

(٧٥) فى ب : « لآدمى » .

السُّلْطَانِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ لذلك ، ولم يَجُزْ له أَخْذُ العِوَضِ . وإن صَالَحَهُ عن حَدّ القَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إن كان للهِ تعالى ، لم يكُنْ له أن يَأْخُذَ عِوَضَه ، لِكَوْنه ليس بِحَقٍّ له ، فأَشْبَه حَدَّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، وإن كان حَقًّا له ، لم يَجز الاعْتِيَاضُ عنه ، لكَوْنه حَقًّا ليس بمَالِيٍّ ، ولهذا لا يَسْقُطُ إلى بَدَلٍ ، بخِلَافِ القِصَاصِ ، ولأنَّه شُرِعَ لِتَنْزِيهِ العِرْضِ ، فلا يجوزُ أن يَعْتاضَ عن عِرْضِه بمالٍ . وهل يَسْقُطُ الحَدُّ بالصُّلْحِ ؟ فيه وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ على الخِلَافِ فى كَوْنِه حَقًّا للهِ تعالى ، أو حَقًّا لآدَمِىٍّ ؛ فإن كان حَقًّا للهِ تعالى ، لم يَسْقُطْ بِصُلْحِ الآدَمِىِّ ولا إسْقَاطِه ، كَحدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، وإن كان حَقًّا لآدَمِىٍّ ، سَقَطَ بِصُلْحِه وإسْقَاطِه ، مثل القِصَاصِ . وإن صَالَحَ عن حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه حَقٌّ شُرِعَ على خِلَافِ الأَصْلِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فإذا رَضِىَ بالْتِزَامِ الضَّرَرِ ، سَقَطَ الحَقُّ من غير بَدَلٍ ، كحَدِّ القَذْفِ ، إلَّا أنَّه يَسْقُطُ هٰهُنا وَجْهًا واحِدًا ؛ لِكَوْنِه حَقًّا لآدَمِىٍّ .

فصل : ولا يجوزُ أن يَشْرَعَ إلى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحا ؛ وهو الرَّوْشَنُ يكُونُ على أَطْرَافِ خَشَبَةٍ مَدْفُونَةٍ فى الحائِطِ ، وأَطْرَافُها خارِجَةٌ فى الطَّرِيقِ ، سواءٌ كان ذلك يَضُرُّ فى العَادَةِ بالمَارَّةِ أو لا يَضُرُّ . ولا يجوزُ أن يَحْمِلَ[76] عليها سَابَاطًا[77] بطَرِيقِ الأَوْلَى ، وهو المُسْتَوفِى لِهَوَاءِ الطَّرِيقِ كلِّه على حَائِطَيْنِ ، سواءٌ كان الحائِطَانِ مِلْكَه أو لم يكُونا ، وسواءٌ أَذِنَ الإمَامُ فى ذلك أو لم يَأْذَنْ . وقال ابنُ عَقِيلٍ: إن لم يكُنْ فيه ضَرَرٌ جَازَ بإِذْنِ الإمَامِ؛ لأنَّه نَائِبُهم، فجَرَى إذْنُه مَجْرَى إذْنِ المُشْتَرِكِينَ فى الدَّرْبِ الذى ليس بنَافِذٍ . وقال أبو حنيفةَ: يجوزُ من ذلك ما لا ضَرَرَ فيه، وإن عَارَضَهُ رَجُلٌ من المُسْلِمِينَ وَجَبَ قَلْعُه. وقال مالِكٌ، والشَّافِعِىُّ، والأَوْزَاعِىُّ، وإسحاقُ، وأبو يوسفَ، ومحمدٌ: يجوزُ ذلك إذا لم يَضُرَّ بالمَارَّةِ ، / ولا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنْعَه ؛ لأنَّه ارْتَفَقَ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أَحَدٍ فيه من غير مَضَرَّةٍ، فكان جَائِزًا، كالمَشْىِ فى الطَّرِيقِ والجُلُوسِ فيها. واخْتَلَفُوا فيما لا يَضُرُّ،

١٠٢/٤ ظ

---

(٧٦) فى ب : « يجعل » .

(٧٧) السَّاباط : سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ .

فقال بعضُهم : إن كان فى شارِعٍ تَمُرُّ فيه الجُيُوشُ والأَحْمَالُ ، فيكونُ بحيثُ إذا سَارَ فيه الفَارِسُ وَرُمْحُه مَنصُوبٌ لا يَبْلُغُه . وقال أكْثَرُهم : لا يُقَدَّرُ بذلك ، بل يكونُ بحيثُ لا يَضُرُّ بالْعَمَّارِيَّاتِ[٧٨] والمَحَامِلِ . ولَنا ، أنَّه بِنَاءٌ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كبِنَاءِ الدَّكَّةِ أو بِنَاءِ ذلك فى دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ بغيرِ إذْنِ أَهْلِه ، ويُفَارِقُ المُرُورَ فى الطَّرِيقِ ، فإنَّها جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجُلُوسُ لا يَدُومُ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، فإنَّه يُظْلِمُ الطَّرِيقَ ، ويَسُدُّ الضَّوْءَ ، وربَّما سَقَطَ على المارَّةِ ، أو سَقَطَ منه شىءٌ ، وقد تَعْلُو الأَرْضُ بمُرُورِ الزَّمَانِ ، فيَصْدِمُ رُءُوسَ النّاسِ ، ويَمْنَعُ مُرُورَ الدَّوابِّ بالأَحْمَالِ ، ويَقْطَعُ الطَّرِيقَ إلَّا على الماشِى ، وقد رَأَيْنَا مثل هذا كثيرا ، وما يُفْضِى إلى الضَّرَرِ فى ثانى الحالِ ، يَجِبُ المَنْعُ منه فى ابْتِدَائِه ، كما لو أَرَادَ بِنَاءَ حَائِطٍ مائِلٍ إلى الطَّرِيقِ يُخْشَى وُقُوعُه على من يَمُرُّ فيها . وعلى أبى حنيفةَ : أنَّه بِنَاءٌ فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ ، لو مَنَعَ منه بعضُ أَهْلِه لم يَجُزْ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِهم ، كما لو أَخْرَجَهُ إلى هَوَاءِ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ ، وذلك لأنَّ حَقَّ الآدَمِىِّ لا يجوزُ لغيرِه التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إذْنِه ، وإن كان سَاكِنًا ، كما لا يجوزُ إذا مَنَعَ منه .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبْنِىَ فى الطَّرِيقِ دُكَّانًا ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ، سواءٌ كان الطَّرِيقُ وَاسِعًا أو غيرَ وَاسِعٍ ، سواءٌ أَذِنَ الإِمَامُ فيه أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه بِنَاءٌ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ولأنَّه يُؤْذِى المارَّةَ ويُضَيِّقُ عليهم ، ويَعْثُرُ به العاثِرُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبْنِىَ دُكَّانًا ولا يُخْرِجَ رَوْشَنًا ، ولا سَابَاطًا على دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، إلَّا بإذْنِ أَهْلِه . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، إذا لم يكُنْ له فى الدَّرْبِ بَابٌ ، وإن كان له فى الدَّرْبِ بَابٌ ، فقد اخْتَلَفَ أصْحَابُه[٧٩] ، فمنهم من مَنَعَهُ أيضا ، ومنهم مَن أجازَ له إخْرَاجَ الجَنَاحِ والسَّابَاطِ ؛ لأنَّ له فى الدَّرْبِ اسْتِطْرَاقا ، فمَلَكَ ذلك ، كما يَمْلِكُهُ فى الدَّرْبِ

---

(٧٨) العمارية : هودج يحمل على الدابة . انظر معجم Dozy .

(٧٩) فى الأصل : « أصحابنا » .

النَّافِذِ . ولَنا ، أنَّه بِنَاءٌ فى هَوَاءِ مِلْكِ قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، أشْبَه ما لو لم يكن له(٨٠) فيه بَابٌ ، ولا نُسَلِّمُ الأَصْلَ / الذى قَاسُوا عليه . فأما إن أَذِنَ أهْلُ الدَّرْبِ فيه ، جَازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فجَازَ بِإذْنِهم ، كما لو كان المالِكُ واحدًا . وإن صَالَحَ أهْلَ الدَّرْبِ من ذلك على عِوَضٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ . وقال القاضِى ، وأصْحَابُ الشَّافِعِىِّ : لا يجوزُ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لِلْهَوَاءِ دون القَرَارِ . ولَنا ، أنَّه يَبْنِى فيه بإذْنِهم ، فجَازَ ، كما لو أَذِنُوا له بغيرِ عِوَضٍ ، ولأنَّه مِلْكٌ لهم ، فجَازَ لهم أخْذُ عِوَضِه ، كالقَرَارِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَجوزُ بِشَرْطِ كَوْنِ ما يُخْرِجُه مَعْلُومَ المِقْدَارِ فى الخُرُوجِ والعُلُوِّ ، وهكذا الحُكْمُ فيما إذا أخْرَجَه إلى مِلْكِ إنْسَانٍ مُعَيَّنٍ ، لا يجوزُ بغير إذْنِه ، ويجوزُ بِإذْنِه ، بِعِوَضٍ وبغيرِه ، إذا كان مَعْلُومَ المِقْدَارِ . واللهُ أعلمُ .

١٠٣/٤ و

فصل : ولا يجوزُ أن يَحْفِرَ فى الطَّرِيقِ النَّافِذَةِ بِئْرًا لِنَفْسِه ، سواءٌ جَعَلَها لِمَاءِ المَطَرِ ، أو لِيَسْتَخْرِجَ منها ما يَنْتَفِعُ به ، ولا غير ذلك ؛ لما ذَكَرْنَا من قبلُ . وإن أرَادَ حَفْرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ ونَفْعِهم(٨١) أو لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مثل أن يَحْفِرَهَا لِيَسْتَقِىَ الناسُ من مَائِهَا ، ويَشْرَبَ منه المارَّةُ ، أو لِيَنْزِلَ فيها مَاءُ المَطَرِ عن الطَّرِيقِ ، نَظَرْنَا ، فإن كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، أو يَحْفِرُها فى مَمَرِّ الناسِ بحيثُ يُخَافُ سُقُوطُ إنْسانٍ فيها أو دَابَّةٍ ، أو يُضَيِّقُ عليهم مَمَرَّهم ، لم يَجُزْ ذلك ؛ لأن ضَرَرَهَا أكْثَرُ من نَفْعِهَا ، وإن حَفَرَها فى زَاوِيَةٍ فى(٨٢) طَرِيقٍ واسِعٍ ، وجَعَلَ عليها ما يَمْنَعُ الوُقُوعَ فيها ، جَازَ ؛ لأنَّ ذلك نَفْعٌ بلا ضَرَر ، فجَازَ ، كتَمْهِيدِها ، وبِنَاءِ رَصِيفٍ فيها ، فأمَّا(٨٣) فِعْلُه فى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، فلا يجوزُ إلَّا بإذْنِ أهْلِه ؛ لأنَّ هذا مِلْكٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، فلم يَجُزْ فِعْلُ ذلك بغيرِ إذْنِهم . كما لو فَعَلَهُ فى بُسْتانِ إنْسانٍ . ولو صَالَحَ أهْلَ الدَّرْبِ عن ذلك بِعِوَضٍ ، جَازَ ، سواءٌ حَفَرَها لِنَفْسِه

---

(٨٠) سقط من : الأصل .

(٨١) فى ا : « لنفعهم » .

(٨٢) فى ب : « من » .

(٨٣) فى ا ، م زيادة : « ما » .

لِينْزِلَ[٨٤] فيها مَاءُ المَطَرِ عن دَارِه ، أو لِيَسْتَقِىَ منها مَاءً لِنَفْسِه ، أو حَفَرَها لِلسَّبِيلِ ونَفْعِ الطَّرِيقِ . وكذلكَ إن فَعَلَ ذلك فى مِلْكِ إنْسَانٍ مُعَيَّنٍ .

فصل : ولا يَجُوزُ إخْرَاجُ المَيَازِيبِ إلى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ . ولا يجوزُ إخْرَاجُها إلى دَرْبٍ نَافِذٍ إلَّا بإذْنِ أهْلِه . وقال أبو حنيفةَ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ : يجوزُ إخْرَاجُه إلى الطَّرِيقِ الأَعْظَمِ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، اجْتَازَ على دارِ العَبَّاسِ وقد نَصَبَ مِيزَابًا على[٨٥] الطَّرِيقِ ، فقَلَعَهُ ، فقال العَبَّاسُ : تَقْلَعُهُ وقد نَصَبَهُ رسولُ اللهِ ﷺ بيَدِه ؟ فقال : واللهِ لا نَصَبْتَه /إلَّا على ظَهْرِى ، وانْحَنَى حتى صَعَدَ على ظَهْرِه ، فنَصَبَهُ[٨٦] . وما فَعَلَهُ رسولُ اللهِ ﷺ فلغيرِه فِعْلُه ، ما لم يَقُمْ دَلِيلٌ على اخْتِصَاصِه به . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، ولا يمكنُه رَدُّ مائِه إلى الدَّارِ . ولأنَّ الناسَ يَعْمَلُونَ ذلك فى جَمِيعِ بِلَادِ الإسْلَامِ من غيرِ نَكِيرٍ . ولَنا ، أنَّ هذا تَصَرُّفٌ فى هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ بينَه وبين غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ غيرَ نَافِذٍ ، ولأنَّه يَضُرُّ بالطَّرِيقِ وأهْلِها ، فلم يَجُزْ ، كَبِنَاءِ دَكَّةٍ فيها أو جَنَاحٍ يَضُرُّ بأهْلِها ، ولا يَخْفَى ما فيه من الضَّرَرِ ، فإنَّ مَاءَهُ يَقَعُ على المَارَّةِ ، وربما جَرَى فيه البَوْلُ أو ماءٌ نَجِسٌ فيُنَجِّسُهُمْ ، ويُزَلِّقُ الطَّرِيقَ ، ويَجْعَلُ فيها الطِّينَ ، والحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه كان فى دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ ، أو تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بعدَ نَصْبِه ، ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ذلك ؛ لأنَّ الحاجَةَ دَاعِيَةٌ إليه ، والعَادَةَ جَارِيَةٌ به ، مع ما فيه من الخَبَرِ المَذْكُورِ .

فصل : ولا يجوزُ أن يَفْتَحَ فى الحائِطِ المُشْتَرَكِ طَاقًا ولا بَابًا ، إلَّا بإذْنِ شَرِيكِه ؛ لأنَّ ذلك انْتِفَاعٌ بِمِلْكِ غيرِه ، وتَصَرُّفٌ فيه بما يَضُرُّ به . ولا يجوزُ أن يَغْرِزَ فيه وَتِدًا ، ولا يُحْدِثَ عليه حَائِطًا ولا يَسْتُرَه ، ولا يَتَصَرَّفَ فيه نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى الحائِطِ

(٨٤) فى م : « فينزل » .

(٨٥) فى ا ، م : « إلى » .

(٨٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ . والحاكم ، فى : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرك ٣ / ٣٣١ .

بما يَضُرُّ به ، فلم يَجُزْ ، كنَقْضِه . ولا يجُوزُ له فِعْلُ شيءٍ من ذلك فى حَائِطِ جَارِه بطَرِيقِ الأَوْلَى ؛ لأنَّه إذا لم يَجُزْ فيما له فيه حَقٌّ ، ففيما لا حَقَّ له فيه أَوْلَى . وإن صَالَحَهُ عن ذلك بِعِوَضٍ ، جَازَ . وأمَّا الاسْتِنَادُ إليه ، وإسْنَادُ شيءٍ لا يَضُرُّهُ إليه ، فلا بَأْسَ به ؛ لأنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، أشْبَه الاسْتِظْلَالَ به .

فصل : فأمَّا وَضْعُ خَشَبِه عليه ، فإن كان يَضُرُّ بالحائِطِ لِضَعْفِه عن حَمْلِه ، لم يَجُزْ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[87] . وإن كان لا يَضُرُّ به ، إلَّا أنَّ به غُنْيَةً عن وَضْعِ خَشَبِه عليه ، لِإمْكَانِ وَضْعِه على غيرِه ، فقال أكْثَرُ أصْحَابِنا : لا يجوزُ أيضا . وهو قول الشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . لأنَّه انْتِفَاعٌ بمِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه من غيرِ حَاجَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كبِنَاءِ حَائِطٍ عليه . وأشَارَ ابنُ عَقِيلٍ إلى جَوَازِه ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لا يَمْنَعُ أحَدُكُمْ جَارَهُ أنْ يَضَعَ خَشَبَه عَلَى جِدَارِه » . مُتَّفَقٌ عليه[88] . ولأنَّ ما / أُبِيحَ للحَاجَةِ[89] العَامَّةِ لم يُعْتَبَرْ فيه حَقِيقَةُ الحاجَةِ[89] ، كأَخْذِ الشِّقْصِ بالشُّفْعَةِ من المُشْتَرِى ، والفَسْخِ بالخِيَارِ أو بالعَيْبِ ، واتِّخَاذِ الكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وإبَاحَةِ السَّلَمِ ، ورُخَصِ السَّفَرِ ، وغيرِ ذلك . فأمَّا إن دَعَتِ الحاجَةُ إلى وَضْعِه على حَائِطِ جَارِه ، أو الحائِطِ المُشْتَرَكِ ، بحيثُ لا يُمْكِنُه التَّسْقِيفُ بدُونِه ، فإنَّه يجوزُ له وَضْعُه بغيرِ إذْنِ الشَّرِيكِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ فى القَدِيمِ .

١٠٤/٤و

(٨٧) فى الأصل ، ب : « إضرار » . وتقدم تخريج الحديث فى : ٤ / ١٤٠ .

(٨٨) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره ، من كتاب المظالم ، وفى : باب الشرب من فم السقاء ، من كتاب الأشربة . صحيح البخارى ٣ / ١٧٣ ، ٧ / ١٤٥ . ومسلم ، فى : باب غرز الخشب فى جدار الجار ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٨٣ . والترمذى ، فى : باب فى الرجل يضع على حائط خشبا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٣ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ .

(٨٩ - ٨٩) سقط من : ا . نقلة نظر .

وقال فى الجَدِيدِ : ليس له وَضْعُه . وهو قول أبى حنيفةَ ، ومَالِكٍ ؛ لأنَّه انْتِفَاعٌ بمِلْكِ غيره من غيرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كزِرَاعَتِه . ولَنا ، الخَبَرُ ، ولأنَّه انْتِفَاعٌ بحَائِطِ جَارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ به ، أشْبَه الاسْتِنَادَ إليه والاسْتِظْلَالَ به ، ويُفَارِقُ الزَّرْعَ ، فإنَّه يَضُرُّ ، ولم تَدْعُ إليه حَاجَةٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، فاشْتَرَطَ القاضى وأبو الخَطَّابِ لِلْجَوَازِ أن يكونَ له ثَلَاثَةُ حِيطَانٍ ، ولِجَارِهِ حَائِطٌ واحدٌ ، وليس هذا فى كلامِ أحمدَ ، إنَّما قال ، فى رِوَايَةِ أبى داودَ : لا يَمْنَعُه إذا لم يكُنْ ضَرَرٌ ، وكان الحائطُ يَبْقَى . ولأنَّه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حَائِطَيْنِ إذا كانا غيرَ مُتَقَابِلَيْنِ ، أو كان البَيْتُ وَاسِعًا يَحْتَاجُ إلى أن يَجْعَلَ عليه جِسْرًا ثم يَضَعُ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . والأَوْلَى اعْتِبَارُه بما ذَكَرْنَا من اعْتِبَارِ التَّسْقِيفِ بدُونِه . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنَا بين البَالِغِ واليَتِيمِ والمَجْنُونِ والعَاقِلِ ؛ لما ذَكَرْنَا . واللهُ أعلمُ .

فصل : فأمَّا وَضْعُه فى جِدَارِ المَسْجِدِ ، إذا وُجِدَ الشَّرْطَانِ ، فعن أحمدَ فيه رِوَايَتانِ : إحْدَاهما ، الجَوَازُ ؛ لأنَّه إذا جَازَ فى مِلْكِ الجارِ ، مع أنَّ حَقَّهُ مَبْنِىٌّ على الشُّحِّ والضِّيقِ ، ففى حُقُوقِ اللهِ تعالى المَبْنِيَّةِ على المُسَامَحَةِ والمُسَاهَلَةِ أَوْلَى . والثانية ، لا يجوزُ . نَقَلَها أبو طَالِبٍ ؛ لأنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِى المَنْعَ فى حَقِّ الكُلِّ ، تُرِكَ فى حَقِّ الجارِ لِلْخَبَرِ الوَارِدِ فيه ، فوَجَبَ البَقَاءُ فى غيرِه على مُقْتَضَى القِيَاسِ . وهذا اخْتِيَارُ أبى بكرٍ . وخَرَّجَ أبو الخَطَّابِ من هذه الرِّوَايَةِ وَجْهًا لِلْمَنْعِ من وَضْعِ الخَشَبِ فى مِلْكِ الجَارِ ؛ لأنَّه إذا مُنِعَ[90] من وَضْعِ الخَشَبِ فى الجِدَارِ المُشْتَرَكِ بين المُسْلِمِينَ ولِلْوَاضِعِ فيه حَقٌّ فَلأَنْ يُمْنَعَ مَن المُخْتَصِّ بغيرِه أَوْلَى . ولأنَّه إذا مُنِعَ فى حَقِّ للهِ تعالى مع أنَّ حَقَّهُ على المُسَامَحَةِ والمُسَاهَلَةِ ؛ لِغِنَى اللهِ تَعَالَى وكَرَمِه ، فَلأَنْ يُمْنَعَ فى حَقِّ آدَمِىٍّ مع شُحِّه وضِيقِه أَوْلَى . [91]والمَذْهَبُ الأَوَّلُ[91] . فإن قِيل : فلِمَ لا تُجِيزُونَ فَتْحَ الطَّاقِ والبابِ فى الحائِطِ ، بالقِيَاسِ / على وَضْعِ الخَشَبِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الخَشَبَ يُمْسِكُ الحائطَ ويَنْفَعُه ، بخِلَافِ الطَّاقِ والبَابِ ، فإنَّه يُضْعِفُ الحائطَ ، لأنَّه يَبْقَى مَفْتُوحًا فى الحائِطِ ، والذى

١٠٤/٤ ظ

---

(٩٠) فى ا ، م : « امتنع » .

(٩١ - ٩١) سقط من : الأصل .

يَفْتَحُه لِلْخَشَبَةِ يَسُدُّهُ بها ، ولأَنَّ وَضْعَ الخَشَبِ تَدْعُو الحاجةُ إليه ، بخِلَافِ غيرِه .

فصل : ومن مَلَكَ وَضْعَ خَشَبِهِ على حَائِطٍ ، فزَالَ بسُقُوطِه ، أو قَلْعِه ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، ثم أُعِيدَ ، فله إعَادَةُ خَشَبِهِ ؛ لأَنَّ السَّبَبَ المُجَوِّزَ لِوَضْعِه مُسْتَمِرٌّ ، فَاسْتَمَرَّ اسْتِحْقَاقُ ذلك . وإن زَالَ السَّبَبُ ، مثل أن يُخْشَى على الحَائِطِ من وَضْعِه عليه ، أو اسْتُغْنِىَ عن وَضْعِه ، لم تَجُزْ إعَادَتُه ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ المُبِيحِ . وإن خِيفَ سُقُوطُ الحائِطِ بعدَ وَضْعِه عليه ، (92أو اسْتُغْنِىَ عن وَضْعِه92) ، لَزِمَ إزَالَتُه ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالمالِكِ ، ويَزُولُ الخَشَبُ . وإن لم يُخَفْ عليه ، لكن اسْتُغْنِىَ عن إبْقَائِه عليه ، لم(93) يَلْزَمْ إزَالَتُه ؛ لأنَّ فى إزَالَتِه ضَرَرًا بِصَاحِبِه ، ولا ضَرَرَ على صَاحِبِ الحائِطِ فى إبْقَائِه ، بِخِلَافِ ما لو خَشِىَ سُقُوطَهُ .

فصل : ولو كان له وَضْعُ خَشَبِه على جِدَارِ غيرِه ، لم يَمْلِكْ إعَارَتَه (94ولا إجارَتَه94) ؛ لأنَّه إنَّما كان له ذلك لِحَاجَتِه المَاسَّةِ إلى وَضْعِ خَشَبِه ، ولا حَاجَةَ له إلى وَضْعِ خَشَبِ غيرِه ، فلم يَمْلِكْه . وكذلك لا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّه من وَضْعِ(95) خَشَبِه ، ولا المُصَالَحَةَ عنه لِلْمَالِكِ ولا لغيرِه ؛ لأنَّه أُبِيحَ له من حَقِّ غيرِه لِحَاجَتِه ، فلم يَجُزْ له ذلك فيه ، كطَعَامِ غيرِه إذا أُبِيحَ له من أجْلِ الضَّرُورَةِ ، ولو أرَادَ صَاحِبُ الحائِطِ إعَارَةَ الحائِطِ ، أو إجَارَتَهُ على وَجْهٍ يَمْنَعُ هذا المُسْتَحِقَّ من وَضْعِ خَشَبِه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه وَسِيلَةٌ إلى مَنْعِ ذى الحَقِّ من حَقِّه ، فلم يَمْلِكْه ، كمَنْعِه . ولو أرَادَ هَدْمَ الحائِطِ لغيرِ حَاجَةٍ ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لما فيه من تَفْوِيتِ الحَقِّ . وإن احْتَاجَ إلى هَدْمِه لِلْخَوْفِ من انْهِدَامِه ، أو لِتَحْوِيلِه إلى مَكَانٍ آخَرَ ، أو لِغَرَضٍ صَحِيحٍ ، مَلَكَ ذلك ؛ لأَنَّ صَاحِبَ الخَشَبِ إنما ثَبَتَ(96) حَقُّه لِلإِرْفَاقِ به ، مَشْرُوطًا بِعَدَمِ الضَّرَرِ لِصَاحِبِ الحائِطِ(97) ،

(92 – 92) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(93) فى الأصل : « ولم » .

(94 – 94) سقط من : الأصل ، ب .

(95) سقط من : ب .

(96) فى ا ، ب ، م : « يثبت » .

(97) فى ا ، م : « الحق » .

فمتى أَفْضَى إلى الضَّرَرِ زَالَ الاسْتِحْقَاقُ ؛ لِزَوَالِ شَرْطِه .

فصل : وإذا أَذِنَ صَاحِبُ الحائِطِ لِجَارِهِ فى البِنَاءِ على حَائِطِه ، أو وَضْعِ سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْعِ خَشَبِه عليه فى المَوْضِعِ الذى لا يَسْتَحِقُّ وَضْعَهُ ، جَازَ ، فإذا فَعَلَ ما أُذِنَ له فيه ، صَارَتْ العَارِيَّةُ لَازِمَةً ، فإذا رَجَعَ / المُعِيرُ فيها ، لم يكُنْ له ذلك ، ولم يَلْزَمِ المُسْتَعِيرَ إزَالَةُ ما فَعَلَه ؛ لأنَّ إذْنَهُ اقْتَضَى البَقَاءَ والدَّوَامَ ، وفى القَلْعِ إضْرَارٌ به ، فلا يَمْلِكُ ذلك المُعِيرُ ، كما لو أعَارَهُ أرْضًا لِلدَّفْنِ والغِرَاسِ ، لم يَمْلِكِ المُطَالَبَةَ بِنَقْلِ المَيِّتِ والغِرَاسِ بغيرِ ضَمَانٍ . وإن أرَادَ هَدْمَ الحائِطِ لغير حَاجَةٍ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ المُسْتَعِيرَ قد اسْتَحَقَّ تَبْقِيَةَ الخَشَبِ عليه ، ولا ضَرَرَ فى تَبْقِيَتِه . وإن كان مُسْتَهْدَمًا ، فله نَقْضُه . وعَلَى[98] صَاحِبِ البِنَاءِ والخَشَبِ إزَالَتُه . وإذا أُعِيدَ الحائِطُ لم يَمْلِكِ المُسْتَعِيرُ رَدَّ بِنَائِه وخَشَبِه إلَّا بإذْنٍ جَدِيدٍ ، سواءٌ بَنَاهُ بآلَتِه أو غيرِها . وهكذا لو قَلَعَ المُسْتَعِيرُ خَشَبَه[99] ، أو سَقَطَ بِنَفْسِه ، لم يكُنْ له رَدُّه إلَّا بإذْنٍ مُسْتَأْنَفٍ ؛ لأنَّ المَنْعَ من القَلْعِ إنَّما كان لما فيه من الضَّرَرِ ، وهٰهُنا قد حَصَلَ القَلْعُ بغيرِ فِعْلِه ، فأشْبَهَ ما لو كان فى الأرْضِ شَجَرٌ فانْقَلَعَ . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحَابِ الشَّافِعِىِّ ، وقالوا فى الآخرِ : له ذلك ؛ لأنَّه قد اسْتَحَقَّ بَقَاءَ ذلك على التَّأْبِيدِ . وليس كذلك ؛ فإنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الإبْقَاءَ ضَرُورَةَ دَفْعِ ضَرَرِ القَلْعِ ، وقد حَصَلَ القَلْعُ هٰهُنا ، فلا يَبْقَى الاسْتِحْقَاقُ . وإن قَلَعَ صَاحِبُ الحائِطِ ذلك عُدْوانًا ، كان لِلآخَرِ إعَادَتُه ؛ لأنَّه أُزِيلَ بغير حَقٍّ ، تَعَدِّيًا مِمَّن عليه الحَقُّ ، فلم يَسْقُط الحَقُّ عنه بِعُدْوَانِه . وإن أزَالَهُ أجْنَبِىٌّ[100] ، لم يَمْلِكْ صَاحِبُه إعَادَتَه بغيرِ إذْنِ المالِكِ ؛ لأنَّه زَالَ بغير عُدْوَانٍ منه ، فأشْبَه ما لو سَقَطَ بِنَفْسِه .

فصل : وإن أَذِنَ له فى وَضْعِ خَشَبِه ، أو البِنَاءِ على جِدَارِه بِعِوَضٍ ، جَازَ ، سواءٌ كان إجَارَةً فى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أو صُلْحًا على وَضْعِه على التَّأْبِيدِ . ومتى زَالَ فله إعَادَتُه ، سواءٌ

١٠٥/٤و

---

(٩٨) فى ا ، م : « وله على » .

(٩٩) فى ا ، ب ، م : « خشبا » .

(١٠٠) سقط من : الأصل .

زَالَ لِسُقُوطِه ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، أو غيرِ ذلك ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ إبْقَاءَه بِعِوَضٍ ، ويَحْتَاجُ إلى أن يكونَ البِنَاءُ مَعْلُومَ العَرْضِ والطُّولِ ، والسُّمْكِ ، والآلاتِ من الطِّينِ واللَّبِنِ ،(١٠١) أو الطِّينِ(١٠١) والآجُرِّ وما أشْبهَ ذلك ؛ لأنَّ هذا كلَّه يَخْتَلِفُ فيُحْتَاجُ إلى مَعْرِفَتِه . وإذا سَقَطَ الحائِطُ الذى عليه البِنَاءُ أو الخَشَبُ ، فى أثْنَاءِ مُدَّةِ الإجارَةِ ، سُقُوطًا لا يَعُودُ ، انْفسَخَتِ الإجَارَةُ فيما بَقِىَ (١٠٢) من المُدَّةِ(١٠٢) ، ورَجَعَ من الأُجْرَةِ بِقِسْطِ ما بَقِىَ من المُدَّةِ . وإن أُعِيدَ ، رَجَعَ من الأُجْرَةِ بِقَدْرِ المُدَّةِ التى سَقَطَ البِنَاءُ والخَشَبُ / عنه . وإن صَالَحَهُ مالِكُ الحائِطِ على رَفْعِ بِنائِه أو خَشَبِه بشىءٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ ، كما يجوزُ الصُّلْحُ على وَضْعِه ، سواءٌ كان ما صَالَحَه به مثلَ العِوَضِ الذى صُولِحَ به على وَضْعِه ، أو أقَلَّ أو أكْثَرَ ؛ لأنَّ هذا عِوَضٌ عن المَنْفَعَةِ المُسْتَحَقَّةِ له . وكذلك لو كان له مَسِيلُ مَاءٍ فى أرْضِ غيرِه ، أو مِيزَابٌ ، أو غيرُه ، فصَالَحَ صَاحِبُ الأَرْضِ مُسْتَحِقَّ ذلك بِعِوَضٍ ، لِيُزِيلَه عنه ، جازَ . وإن كان الخَشَبُ أو الحائِطُ قد سَقَطَ ، فصَالَحَهُ بشىءٍ على أن لا يُعِيدَه ، جازَ ؛ لأنَّه لمَّا جازَ أن يَبِيعَ ذلك منه ، جازَ أن يُصَالِحَه(١٠٣) عنه ؛ لأن الصُّلْحَ بَيْعٌ .

١٠٥/٤ظ

فصل : وإذا وُجِدَ بَنَاؤُه أو خَشَبُه على حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أو حائِطِ جارِه ، ولم يُعْلَمْ سَبَبُهُ ، فمتى زَالَ فله إعادَتُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ هذا الوَضْعَ بِحَقٍّ من صُلْحٍ أو غيرِه ، فلا يَزُولُ هذا الظَّاهِرُ حتى يُعْلَمَ خِلافُهُ . وكذلك لو وُجِدَ مَسِيلُ مَائِه فى أرْضِ غيرِه ، أو مَجْرَى ماءِ سَطْحِه على سَطْحِ غيرِه ، وما أشْبَهَ هذا ، فهو له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه له بِحَقٍّ ، فجَرَى ذلك مَجْرَى اليَدِ الثَّابِتَةِ . وإذا اخْتَلَفَا فى ذلك ، هل هو بِحَقٍّ أو بِعُدْوانٍ ؟ فالقولُ قولُ صَاحِبِ الخَشَبِ والبِنَاءِ والمَسِيلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه .

فصل : إذا ادَّعَى رَجُلٌ دارًا فى يَدِ أَخَوَيْنِ ، فأنْكَرَه أحدُهما ، وأقَرَّ له الآخَرُ ، ثم

(١٠١ – ١٠١) سقط من : ا ، م .

(١٠٢ – ١٠٢) سقط من : م .

(١٠٣) فى ب : « يصالح » .

صَالَحه عمَّا أقَرَّ له بِعِوَضٍ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، ولأَخِيهِ الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُفرَّق بين ما إذا كان الإنْكَارُ مُطْلَقًا ، وبينَ ما إذا قال : هذه لنا وَرِثْنَاهَا جَمِيعًا عن أَبِينَا أو أَخِينَا . فيُقال : إذا كان الإنْكَارُ مُطْلَقًا ، كان له الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ، وإن قال : وَرِثْنَاهَا عن أَبِينَا . فلا شُفْعَةَ له ؛ لأَنَّ المُنْكِرَ يَزْعُمُ أن المِلْكَ لأَخِيهِ المُقِرِّ لم يَزُلْ ، وأن الصُّلْحَ باطِلٌ ، فَيُؤَاخَذُ بذلك ، ولا يَسْتَحِقُّ به شُفْعَةً . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لِلْمُدَّعِى حُكْمًا ؛ وقد رَجَعَ إلى المُقِرِّ بالبَيْعِ ، وهو مُعْتَرِفٌ بأنَّه بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فتَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان الإنْكَارُ مُطْلَقًا . ويجوزُ أن يكونَ انْتقَلَ نَصِيبُ المُقِرِّ إلى المُدَّعِى بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو سَبَبٍ من الأَسْبَابِ ، فلا يَتَنَافَى إنْكَارُ المُنْكِرِ وإقْرَارُ المُقِرِّ ، كحَالَةِ إطْلَاقِ الإنْكَارِ . وهذا أَصَحُّ .

٨١٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَدَاعَى نَفْسَانِ جِدارًا مَعْقُودًا بِبِنَاءِ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا ، تَحَالَفَا ، وكَانَ بَيْنَهُمَا . وكَذٰلِكَ إنْ كَانَ مَحْلُولًا مِنْ بِنائِهِمَا . وإن كَانَ مَعْقُودًا / بِبِناءِ أحدِهِمَا ، كَانَ لَهُ مَعَ يَمِينِه) . ٤/١٠٦و

وجُمْلَةُ ذلك أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إذا تَدَاعَيَا حَائِطًا بين مِلْكَيْهِما ، وتَسَاوَيا فى كَوْنِه مَعْقُودًا بِبِنَائِهِما معا ، وهو أن يكونَ مُتَّصِلًا بهما اتِّصَالًا لا يمكنُ إحْدَاثُه بعدَ بِنَاءِ الحَائِطِ ، مثل اتِّصَالِ البِنَاءِ بالطِّينِ ، كهذه الفَطَائِرِ التى لا يُمْكِنُ إحْدَاثُ اتِّصَالِ بعضِها ببعضٍ ، أو تَسَاوَيَا فى كونِه مَحْلُولًا من بِنَائِهِما ، أو[1] غيرَ مُتَّصِلٍ بِبِنَائِهِما الاتِّصَالَ المَذْكُورَ ، بل بينهما شَقٌّ مُسْتَطِيلٌ ، كما يكونُ بين الحَائِطَيْنِ اللذين أُلْصِقَ أَحَدُهُما بالآخَرِ . فهما سواءٌ فى الدَّعْوَى ، فإن لم يكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ تَحالَفَا ، فَيَحْلِفُ كُلُّ واحِدٍ منهما على نِصْفِ الحائِطِ ، أنَّه لَهُ ، ويُجْعَلُ بينهما نِصْفَيْنِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَدُه على نِصْفِ الحائِطِ ؛ لِكَوْنِ الحائِطِ فى أَيْدِيهِما . وإن حَلَفَ كلُّ واحِدٍ منهما على جَمِيعِ الحائِطِ ، أنَّه له ، وما هو لِصَاحِبِه ، جَازَ ، وهو بينهما . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ

---

(١) فى الأصل : « أى » .

المُنْذِرِ . ولا أعْلَمُ فيه مُخَالِفًا ؛ وذلك لأنَّ المُخْتَلِفَيْنِ فى العَيْنِ ، إذا لم يكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ مَن هى فى يَدِه مع يَمِينِه ، فإذا كانتْ فى أيْدِيهما ، كانتْ يَدُ كلِّ واحِدٍ منهما على نِصْفِهَا ، فيكونُ القولُ قولَه فى نِصْفِها مع يَمِينِه . وإن كان لأحَدِهِما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، وصَارَا كمَن لا بَيِّنَةَ لهما . فإن لم يكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ، ونَكَلَا عن اليَمِينِ ، كان الحائِطُ فى أيْدِيهما على ما كان . وإن حَلَفَ أحَدُهما ، ونَكَلَ الآخَرُ ، قُضِىَ على النَّاكِلِ ، فكان الكلُّ للآخَرِ . وإن كان الحَائِطُ مُتَّصِلًا ببِنَاءِ أحَدِهما دون الآخَرِ ، فهو له مع يَمِينِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يُرَجَّحُ بالعَقْدِ ، ولا يُنْظَرُ إليه . ولَنا ، أنَّ الظَّاهِرَ أنَّ هذا البِنَاءَ بُنِىَ كله بِنَاءً واحِدًا ، فإذا كان بعضُه لِرَجُلٍ ، كان بَقِيَّتُه له ، والبِنَاءُ الآخَرُ المَحْلُولُ ، الظَّاهِرُ أنَّه بُنِىَ وَحْدَه ، فإنَّه لو بُنِىَ مع هذا ، كان مُتَّصِلًا به ، فالظَّاهِرُ أنَّه لغيرِ صَاحِبِ هذا الحائِطِ المُخْتَلَفِ فيه ، فوَجَبَ أن يُرَجَّحَ بهذا ، كاليدِ والأَزَجِ[2] . فإن قِيلَ : فَلِمَ لم تَجْعَلُوهُ له بغيرِ يَمِينٍ لذلك ؟ قُلْنا : لأنَّ ذلك ظَاهِرٌ ، وليس بِيَقِينٍ، إذ يحْتَمِلُ أن يكونَ أحَدُهما بَنَى الحَائِطَ لِصَاحِبِه تَبَرُّعًا مع حَائِطِه ، أو كان له فوَهَبَهُ / إيَّاه ، أو بَنَاهُ بِأُجْرَةٍ ، فَشُرِعَتِ اليَمِينُ من أجْلِ الاحْتِمَالِ ، كما شُرِعَتْ فى حَقِّ صَاحِبِ اليَدِ ، وسَائِرِ من وَجَبَتْ عليه اليَمِينُ . فأمَّا إن كان مَعْقُودًا بِبِنَاءِ أحدِهما عَقْدًا يُمْكِنُ إحْدَاثُه ، مثل البِنَاءِ باللَّبِنِ والآجُرِّ ، فإنَّه يُمْكِنُ أن يُنْزَعَ من الحائِطِ المَبْنِىِّ نِصْفُ لَبِنَةٍ أو آجُرَّةٍ ، ويُجْعَلَ[3] مكانَها لَبِنَةٌ صَحِيحَةٌ أو آجُرَّةٌ صَحِيحَةٌ تُعْقَدُ بين الحَائِطَيْنِ ، فقال القاضى : لا يُرَجَّحُ بهذا ؛ لِاحْتِمَالِ أن يكونَ [4] صَاحِبُ الحَائِطِ [4] فَعَلَ هذا لِيَتَمَلَّكَ الحَائِطَ المُشْتَرَكَ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُرَجَّحُ بهذا الاتِّصَالِ ، كما يُرَجَّحُ بالاتِّصَالِ الذى لا يُمْكِنُ إحْدَاثُه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ صَاحِبَ الحائِطِ لا يَدَعُ غيرَه يَتَصَرَّفُ فيه ، بِنَزْعِ آجُرِّه ،

٤/١٠٦ ظ

---

(٢) الأزج : نوع من الأبنية .

(٣) فى الأصل ، ا ، م : « أو يجعل » .

(٤ - ٤) سقط من : ا ، ب .

وتَغْيِيرِ بنَائِه ، وفِعْلِ ما يَدُلُّ على مِلْكِه[٥] ، فوَجَبَ أن يُرَجَّح بهذا ، كما يُرَجَّحُ باليَدِ ، فإنَّه يُمْكِنُ أن تكونَ يَدًا عَادِيَةً ، حَدَثَتْ بالغَصْبِ أو بالسَّرِقَةِ أو العَارِيَّةِ أو الإجارَةِ ، فلم يَمْنَعْ ذلك التَّرْجِيحَ بها .

فصل : فإن كان لأحَدِهما عليه بِنَاءٌ ، كحَائِطٍ مَبْنِيٍّ عليه ، أو عَقْدٍ مُعْتَمِدٍ عليه ، أو قُبَّةٍ[٦] ونحو هذا[٦] ، فهو له . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ؛ لأنَّ وَضْعَ بنَائِه عليه[٧] بمَنْزِلَةِ اليَدِ الثَّابِتَةِ عليه ، لكَوْنِه مُنْتَفِعًا به ، فجَرَى مَجْرَى كَوْنِ حِمْلِه على البَهِيمَةِ وزَرْعِه فى الأرْضِ ، ولأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ الإنسانَ لا يَتْرُكُ غيرَه يَبْنِى على حَائِطِه . وكذلك إن كانتْ له عليه سُتْرَةٌ ، ولو كان فى أصْلِ الحائِطِ خَشَبَةٌ طَرَفُها تَحْتَ حَائِطٍ يَنْفرِدُ به أحَدُهما ، أو له عليها أزَجٌ مَعْقُودٌ ، فالحَائِطُ المُخْتَلَفُ فيه له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن الخَشَبَةَ لمن يَنْفرِدُ بوَضْعِ بِنَائِه عليها ، فيكونُ الظَّاهِرُ أنَّ ما عليها من البِنَاءِ له .

فصل : فإن كان لأحَدِهما خَشَبٌ مَوْضُوعٌ ، فقال أصْحابُنا : لا تُرَجَّحُ دَعْوَاه بذلك . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ هذا ممَّا يَسْمَحُ به الجَارُ . وقد وَرَد الخَبَرُ بالنَّهْيِ عن المَنْعِ منه . وعندَنا أنَّه حَقٌّ يَجِبُ التَّمْكِينُ منه . فلم تُرَجَّحْ به الدَّعْوَى ، كإسْنَادِ مَتَاعِه فيه[٨] ، وتَجْصِيصِه وتَزْوِيقِه . ويَحْتَمِلُ أن تُرَجَّحَ به الدَّعْوَى . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّه مُنْتَفِعٌ به بِوَضْعِ مَالِه عليه ، فأشْبَه البَانِىَ عليه والزَّارِعَ فى الأرْضِ ، ووُرُودُ الشَّرْعِ بالنَّهْيِ عن المَنْعِ منه ، لا يَمْنَعُ كَوْنَه دَلِيلًا على الاسْتِحْقَاقِ / ، بدَلِيلِ أنَّنا[٩] اسْتَدْلَلْنَا بوَضْعِه على كَوْنِ الوَضْعِ مُسْتَحَقًّا على الدَّوَامِ ، حتى متى زَالَ جَازَتْ إعَادَتُه ، ولأنَّ كَوْنَه مُسْتَحَقًّا تُشْتَرَطُ له الحَاجَةُ إلى وَضْعِه ، ففيما لا حَاجَةَ إليه له مَنْعُهُ من وَضْعِه . وأمَّا السَّمَاحُ به ، فإنَّ أكْثَرَ النَّاسِ لا يَتَسَامَحُونَ به ، ولهذا لمَّا رَوَى أبو هُرَيْرَةَ الحَدِيثَ عن النبيِّ ﷺ ، طَأْطَؤُوا رُءُوسَهُم ، كَرَاهةً لذلك ، فقال : مَالِى

١٠٧/٤ و

---

(٥) فى ا زيادة : « له » .

(٦ - ٦) فى ا ، م : « ونحوها » .

(٧) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٨) فى ا ، ب : « إليه » .

(٩) فى ا ، م : « أن » .

أَرَاكُم عنها مُعْرِضِينَ ؟ واللهِ لأَرْمِيَنَّ بها بين أَكْتَافِكُمْ[١٠] . وأَكْثَرُ الفُقَهاءِ لا يُوجِبُونَ التَّمْكِينَ من هذا ، ويَحْمِلُونَ الحَدِيثَ على كَرَاهَةِ المَنْعِ لا على تَحْرِيمِه . ولأَنَّ الحائِطَ يُبْنَى لذلك ، فيُرَجَّحُ به ، كالأَزَجِ . وقال أصْحابُ أبى حنيفةَ : لا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بالجِذْعِ الواحِدِ ؛ لأَنَّ الحَائِطَ لا يُبْنَى له ، ويُرَجَّحُ بالجِذْعَيْنِ ؛ لأَنَّ الحَائِطَ يُبْنَى لهما . ولَنا ، أنَّه مَوْضُوعٌ على الحَائِطِ ، فاسْتَوَى فى تَرْجِيحِ الدَّعْوَى به قَلِيلُه وكَثِيرُه ، كالبِنَاءِ .

فصل : ولا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بكَوْنِ الدَّوَاخِلِ إلى أحَدِهما والخَوَارِجِ ووُجُوهِ الآجُرِّ والحِجَارَةِ ، ولا كَوْنِ الآجُرَّةِ الصَّحِيحَةِ ممَّا يَلِى مِلْكَ أحَدِهما وأَقْطَاعِ الآجُرِّ إلى مِلْكِ الآخَرِ ، ولا بمَعَاقِدِ القِمْطِ فى الخُصِّ ، يَعْنِى عَقْدَ الخُيُوطِ التى يُشَدُّ بها الخُصُّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يُحْكَمُ به لمَن إليه وَجْهُ الحائِطِ ومعَاقِدُ القِمْطِ ؛ لما رَوَى [١١]نِمْرَانُ بن جَارِيَةَ[١١] التَّمِيمِىُّ ، عن أبِيه ، أنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إلى النبىِّ ﷺ فى خُصٍّ ، فبَعَثَ حُذَيْفَةَ بن اليَمَانِ لِيَحْكُمَ بينهم ، فحَكَمَ به لمَن يَلِيه مَعَاقِدُ القِمْطِ ، ثم رَجَعَ إلى النبىِّ ﷺ ، فأَخْبَرَه ، فقال : « أَصَبْتَ ، وأَحْسَنْتَ » . رَوَاهُ ابنُ مَاجَه[١٢] . ورُوِىَ نَحْوُه عن عَلِىٍّ . ولأَنَّ العُرْفَ جَارٍ[١٣] بأن من بَنَى حَائِطًا جَعَلَ وَجْهَ الحائِطِ إليه . ولَنا ، عُمُومُ قوله عليه السَّلَامُ : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِى ، والْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »[١٤] . ولأَنَّ وَجْهَ الحائِطِ ومعَاقِدَ القِمْطِ إذا كانا شَرِيكَيْنِ فيه لا بُدَّ من أن يكونَ

---

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥ .

(١١ – ١١) فى النسخ : « تمر بن حارثة » تصحيف وتحريف . وانظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٧٥ .

(١٢) فى : باب الرجلان يدعيان فى خص ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٥ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : باب فى المرأة تقتل إذا ارتدت . سنن الدارقطنى ٤ / ٢٢٩ .

(١٣) فى النسخ : « جاريا » خطأ .

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن . . . ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣ / ١٨٧ . ومسلم ، فى : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٨٧ ، ٨٨ . وابن ماجه ، فى : باب اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ .

إلى أحَدِهمَا ، إذْ لا يُمْكِنُ كونُه إليهما جَمِيعًا ، فبَطَلَتْ دَلَالَتُه كالتَّزوِيق ، ولأنَّه يُرادُ لِلزِّينَةِ ، فأشْبَهَ التَّزوِيقَ . وحَدِيثُهم لا يُثْبِتُه أهْلُ النَّقْلِ ، وإسْنَادُه مَجْهُولٌ . قالَه ابنُ المُنْذِرِ . قال الشَّالَنْجِيُّ[15] : ذَكَرْتُ هذا الحَدِيثَ لأحمَدَ ، فلم يُقْنِعْهُ ، وذَكَرْتُه لإسحاقَ بن رَاهُويَه ، فقال : ليس هذا حَدِيثًا . / ولم يُصَحِّحْهُ . وحَدِيثُ عَلِيٍّ فيه مَقَالٌ ، وما ذَكَرُوه من العُرْفِ ليس بِصَحِيحٍ ؛ فإنَّ العادَةَ جَعْلُ وَجْهِ الحائِطِ إلى خَارِجٍ لِيَرَاهُ الناسُ ، كما يَلْبَسُ الرَّجُلُ أحْسَنَ أثْوَابِه ، أعْلَاهَا الظَّاهِرُ للنّاسِ ، لِيَرَوْه ، فيَتَزَيَّنَ به ، فلا دَلِيلَ فيه . ١٠٧/٤ظ

فصل : ولا تُرَجَّحُ الدَّعْوَى بالتَّزوِيقِ والتَّحْسِينِ ، ولا يكونُ أحَدُهما له على الآجُرِّ سُتْرَةٌ غيرُ مَبْنِيَّةٍ عليه ؛ لأنَّه مما يُتَسامَحُ به ، ويُمْكِنُ إحْدَاثُه .

فصل : وإن تَنَازَعَ صَاحِبُ العُلْوِ والسُّفْلِ ، فى حَوائِط البَيْتِ السُّفْلَانِىِّ ، فهى لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لأنَّه المُنْتَفِعُ بها ، وهى من جُمْلَةِ البَيْتِ ، فكانتْ لِصَاحِبِه . وإن تَنَازَعَا حَوائِطَ[16] العُلْوِ ، فهى لِصَاحِبِ العُلْوِ ؛ لذلك . وإن تَنَازَعَا السَّقْفَ ، تَحالَفا ، وكان بينهما . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنِيفَةَ : هو لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لأنَّ السَّقْفَ على مِلْكِه ، فكان القولُ قولَه ، كما لو تَنَازَعا سَرْجًا على دَابَّةِ أحَدِهما ، كان القولُ قولَ صَاحِبِها . وحُكِىَ عن مَالِكٍ ، أنه لِصَاحِبِ السُّفْلِ . وحُكِىَ عنه ، أنَّه لِصَاحِبِ العُلْوِ ؛ لأنَّه يَجْلِسُ عليه ، ويَتَصَرَّفُ فيه ، ولا يمكنُه السُّكْنَى إلَّا به . ولَنا ، أنَّه حاجِزٌ بين مِلْكَيْهما ، يَنْتَفِعَانِ به ، غيرَ مُتَّصِلٍ بِبِناءِ أحَدِهما اتِّصَالَ البُنْيانِ ، فكان بينهما ، كالحَائِطِ بين المِلْكَيْنِ . وقولُهم : هو على مِلْكِ صَاحِبِ السُّفْلِ . يَبْطُلُ بحِيطَانِ العُلْوِ ، ولا يُشْبِهُ السَّرْجَ على الدَّابَّةِ ؛ لأنَّه لا يَنْتَفِعُ به غيرُ صَاحِبِها ، ولا يُرَادُ إلَّا لها ، فكان فى يَدِه . وهذا السَّقْفُ يَنْتَفِعُ به كلُّ واحِدٍ منهما ؛ لأنَّه سَماءُ صَاحِبِ السُّفْلِ

---

(١٥) هو إسماعيل بن سعيد، وتقدمت ترجمته فى : ١ / ٣٧ .

(١٦) فى الأصل : « فى حوائط » .

يُظِلُّه ، وأَرْضُ صَاحِبِ العُلْوِ تُقِلُّه ، فَاسْتَوَيَا فيه .

فصل : وإن تَنَازَعَ صَاحِبُ العُلْوِ والسُّفْلِ فى الدَّرَجَةِ التى يَصْعَدُ منها ، فإن لم يَكُنْ تَحْتها مِرْفَقٌ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، كَسُلَّمٍ مُسَمَّرًا ، أو دَكَّةٍ ، فهى لِصَاحِبِ العُلْوِ وَحْدَهُ ؛ لأَنَّ له اليَدَ والتَّصرُّفَ وحدَه ؛ لأَنَّها مَصْعَدُ صَاحِبِ العُلْوِ لا غيرُ . والعَرْصَةُ التى عليها الدَّرَجَةُ له أيضا ؛ لِانْتِفَاعِه بها وحدَه . وإن كان تحتها ثِنًى[17] بُنِيَتْ لأَجْلِه ، لتكونَ مَدْرَجًا لِلْعُلْوِ ، فهى بينهما ؛ لأَنَّ يَدَيْهِما عليها ، ولأَنَّها سَقْفٌ للسُّفْلَانِىِّ ، ومَوْطِئٌ لِلْفَوْقَانِىِّ ، فهى كالسَّقْفِ الذى بينهما . وإن كان تحتَها طَاقٌ صَغِيرٌ لم تُبْنَ الدَّرَجَةُ لأَجْلِه ، وإنَّما جُعِلَ مِرْفَقًا يُجْعَلُ فيه جُبُّ الماءِ ونحوُه ، فهى لِصَاحِبِ العُلْوِ ؛ لأَنَّها بُنِيَتْ لأَجْلِه وحدَه . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ / بينهما ؛ لأَنَّ يَدَهُما عليها ، وانْتِفَاعَهما حَاصِلٌ بها ، فهى كالسَّقْفِ . ٤/١٠٨و

فصل : ولو تَنَازَعَا مُسَنَّاةً[18] بين نَهْرِ أَحَدِهِمـا وأَرْضِ الآخَرِ ، تَحَالَفَـا ، وكانت بينهما ؛ لأَنَّها حَاجِزٌ بين مِلْكَيْهِما ، فهى كالحائِطِ بين المِلْكَيْنِ .

فصل : إذا كان بينهما حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ ، فَانْهَدَمَ ، فطَلَبَ أحدُهما إعَادَتَه ، فأَبَى الآخَرُ ، فهل يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على إعَادَتِه ؟ قال القاضى : فيه رِوَايَتَانِ : إحـداهما ، يُجْبَرُ . نَقَلَها ابنُ القَاسِمِ ، وحَرْبٌ ، وسِنْدِىٌّ . قال القاضى : هى أَصَحُّ . وقال ابن عَقِيلٍ : وعلى ذلك أَصْحَابُنا . وبه قال مَالِكٌ ، فى إحدى رِوَايَتَيْهِ ، والشَّافِعِىُّ فى قَدِيمِ قَوْلَيْهِ . واخْتَارَهُ بعضُ أَصْحَابه ، وصَحَّحَهُ ؛ لأَنَّ فى تَرْكِ بِنَائِه إضْرَارًا ، فَيُجْبَرُ عليه ، كما يُجْبَرُ على القِسْمَةِ إذا طَلَبَهَا أَحَدُهما ، وعلى النَّقْضِ إذا خِيفَ سُقُوطُه عليهما ، لقـولِ[19] النبـىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »[20] . وهـذا وشَرِيكُـه يَتَضَرَّرَانِ فى

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) المسناة : سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر ، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة .

(١٩) فى ب : « ولقول » .

(٢٠) فى الأصل ، ا : « إضرار » . وتقدم تخريج الحديث فى : ٤ / ١٤٠ .

تَرْكِ بِنَائِه . والرواية الثانية ، لا يُجْبَرُ . نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على ذلك ، وهو أَقْوَى دَلِيلًا ، ومذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، فلم يُجْبَرْ مَالِكُه على الإِنْفَاقِ عليه ، كما لو انْفَرَدَ به ، ولأنَّه بِنَاءُ حَائِطٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالابْتِدَاءِ ، ولأنَّه لا يَخْلُو ، إمَّا أن يُجْبَرَ على بِنَائِه لِحَقِّ نَفْسِه ، أو لِحَقِّ جَارِه ، أو لِحَقَّيْهِما جَمِيعًا ، لا يجوزُ أن يُجْبَرَ عليه لِحَقِّ نَفْسِه ، بِدَلِيلِ ما لو انْفَرَدَ به ، ولا لِحَقِّ غيرِه ، كما لو انْفَرَدَ به جَارُه ، فإذا لم يكُنْ كلُّ واحِدٍ منهما موجِبًا عليه ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا . وفَارَقَ القِسْمَةَ ، فإنَّها دَفْعٌ لِلضَّرَرِ عنهما بما لا ضَرَرَ فيه ، والبِنَاءُ فيه مَضَرَّةٌ ، لما فيه من الغَرَامَةِ وإنْفَاقِ مَالِه ، ولا يَلْزَمُ من إجْبَارِه على إزَالَةِ الضَّرَرِ بما لا ضَرَرَ فيه ، إجْبَارُه على إزَالَتِه بما فيه ضَرَرٌ ، بِدَلِيلِ قِسْمَةِ ما فى قِسْمَتِه ضَرَرٌ . ويُفَارِقُ هَدْمَ الحائِطِ إذا خِيفَ سُقُوطُه ؛ لأنَّه يَخافُ سُقُوطَ حَائِطِه على ما يتْلِفُه ، فيُجْبَرُ على ما يُزِيلُ ذلك ، ولهذا يُجْبَرُ عليه ، وإن انْفَرَدَ بالحَائِطِ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . ولا نُسَلِّمُ أنَّ فى تَرْكِه إضْرَارًا ، فإنَّ الضَّرَرَ إنَّما حَصَلَ بانْهِدَامِه ، وإنَّما تَرْكُ البِنَاءِ تَرْكٌ لما يَحْصُلُ النَّفْعُ به ، وهذا لا يَمْنَعُ الإنْسانَ منه ، بِدَلِيلِ حَالَةِ الابْتِدَاءِ ، وإن سَلَّمْنَا أنَّه إضْرَارٌ ، لكنْ فى الإجْبَارِ / إضْرَارٌ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ٤/١٠٨ظ وقد يكونُ المُمْتَنِعُ لا نَفْعَ له فى الحائِطِ ، أو يكون الضَّرَرُ عليه أكْثَرَ من النَّفْعِ ، أو يكونُ مُعْسِرًا ليس معه ما يَبْنِى به ، فيُكَلَّفُ الغَرَامَةَ مع عَجْزِه عنها ، فعلَى هذه الرِّوَايَةِ إذا امْتَنَعَ أحَدُهما لم يُجْبَرْ ، فإن أرَادَ شَرِيكُه البِنَاءَ فليس له مَنْعُه منه ؛ لأنَّ له حَقًّا فى الحَمْلِ ورَسْمًا ، فلا يجوزُ مَنْعُه منه ، وله بِنَاؤُه بأَنْقَاضِه إن شاءَ ، وبِنَاؤُه بآلَةٍ من عنده ، فإن بَنَاهُ بآلَتِه وأنْقَاضِه ، فالحائِطُ بينهما على الشَّرِكَةِ ، كما كان ؛ لأنَّ المُنْفَقَ[21] إنَّما أُنْفِقَ على التَّأْلِيفِ ، وذلك أثَرٌ لا عَيْنٌ يَمْلِكُها . وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فالحَائِطُ مِلْكُه خَاصَّةً ، وله مَنْعُ شَرِيكِه من الانْتِفاعِ به ، ووَضْعِ خَشَبِه ورُسُومِه عليه ؛ لأنَّ الحَائِطَ له . وإذا أرَادَ نَقْضَه ، فإن كان بَنَاهُ بآلَتِه لم يَمْلِكْ نَقْضَهُ ؛ لأنَّه مِلْكُهما ، فلم يكنْ له التَّصرُّفُ [بما] فيه

(٢١) فى ب ، م زيادة : « عليه » .

مَضَرَّةٌ عليهما . وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فله نَقْضُه ؛ لأَنَّه مِلْكُه خَاصَّةً . فإن قال شَرِيكُه : أنا أَدْفَعُ إليك نِصْفَ قِيمَةِ البِنَاءِ ولا تَنْقُضْهُ . لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه لمَّا لم يُجْبَرْ على البِنَاءِ ، لم يُجْبَرْ على الإِبْقَاءِ . وإن أَرَادَ غيرُ البانِى نَقْضَه ، أو إجْبَارَ بَانِيه على نَقْضِه ، لم يكُنْ له ذلك ، على الرِّوَايَتَيْنِ جميعا ؛ لأَنَّه إذا لم يَمْلِكْ مَنْعَه من بِنَائِه ، فلأَنْ لا يَمْلِكَ إجْبَارَهُ على نَقْضِهِ أَوْلَى ، فإن كان له على الحائِطِ رَسْمُ انْتِفَاعٍ ، ووَضْعُ خَشَبٍ ، قال له : إمَّا أن تَأْخُذَ مِنِّى نِصْفَ قِيمَتِه ، وتُمَكِّنَنِى من انْتِفَاعِى وَوَضْعِ خَشَبِى ، وإمَّا أن تَقْلَعَ حَائِطَكَ ، لِنُعِيدَ البِنَاءَ بيننا . فيَلْزَمُ الآخَرَ إجَابَتُه ؛ لأَنَّه لا يَمْلِكُ إبْطَالَ رُسُومِه وانْتِفَاعِه بِبِنَائِه . وإن لم يُرِد الانْتِفَاعَ به ، فطَالَبَهُ البَانِى بالغَرَامَةِ أو القِيمَةِ ، لم يَلْزَمْهُ ذلك ؛ لأَنَّه إذا لم يُجْبَرْ على البِنَاءِ ، فأَوْلَى أن لا يُجْبَرَ على الغَرَامَةِ ، إلَّا أن يكونَ قد أَذِنَ فى البِنَاءِ والإِنْفَاقِ ، فيَلْزَمُه ما أَذِنَ فيه . فأمَّا على الرِّوَايَةِ الأُولَى ، فمتى امْتَنَعَ أَجْبَرَهُ الحاكِمُ على ذلك ، فإن لم يَفْعَلْ ، أَخَذَ الحاكِمُ من مَالِه وأَنْفَقَ عليه . وإن لم يكُنْ له مَالٌ ، فأَنْفَقَ عليه الشَّرِيكُ بإِذْنِ الحاكِمِ ، أو إِذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عليه متى قَدَرَ . وإن أَرَادَ بِنَاءَهُ ، لم يَمْلِك الشَّرِيكُ مَنْعَهُ . وما أَنْفَقَ ؛ إن تَبَرَّعَ به لم يكُنْ له الرُّجُوعُ به ، وإن نَوَى الرُّجُوعَ به ، فهل له الرُّجُوعُ بذلك ؟ / يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بناءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إِذْنِه . وإن بَنَاهُ لِنَفْسِه بآلَتِه ، فهو بينهما . وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فهو له خَاصَّةً . فإن أَرَادَ نَقْضَه[22] ، فله ذلك ، إلَّا أن يَدْفَعَ إليه شَرِيكُه نِصْفَ قِيمَتِه ، فلا يكونُ له نَقْضُه ؛ لأَنَّه إذا أُجْبِرَ على بِنَائِه ، فأَوْلَى أن يُجْبَرَ على إبْقَائِه .

١٠٩/٤و

فصل : فإن لم يكُنْ بين مِلْكَيْهِما حَائِطٌ قَدِيمٌ ، فطَلَبَ أَحَدُهما من الآخَرِ مُبَانَاتَه حَائِطًا يَحْجِزُ بين مِلْكَيْهِما ، فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ عليه . رِوَايَةً واحِدَةً . وإن أَرَادَ البِنَاءَ وَحْدَه ، لم يكُنْ له البِنَاءُ إلَّا فى مِلْكِه خَاصَّةً ؛ لأَنَّه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى مِلْكِ جَارِهِ المُخْتَصِّ به ، ولا فى المِلْكِ المُشْتَرَكِ بغيرِ مالَه فيه رَسْمٌ ، وهذا لا رَسْمَ له . ولا أَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا .

---

(٢٢) فى الأصل : « قلعه » .

فصل : فإن كان السُّفْلُ لِرَجُلٍ ، والعُلْوُ لآخَرَ ، فَانْهَدَمَ السَّقْفُ الذى بينهما ، فطَلَبَ أحَدُهما المُبَانَاةَ من الآخرِ ، فامْتَنَعَ ، فهل يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، كالحائِطِ بين البَيْتَيْنِ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلَانِ كالرِّوَايَتَيْنِ . وإن انْهَدَمَتْ حِيطَانُ السُّفْلِ ، فطَالَبَه صَاحِبُ العُلْوِ بإعَادَتِها ، فعلى رِوَايَتَيْنِ : إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو قولُ مَالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأحدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ ، يُجْبَرُ على البِنَاءِ وحدَه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . والثانية ، لا يُجْبَرُ . وهو قول أبى حنيفةَ ، وإن أرَادَ صَاحِبُ العُلْوِ بِنَاءَهُ لم يُمْنَعْ من ذلك . على الرِّوَايَتَيْنِ جميعا . فإن بَنَاهُ بآلَتِه ، فهو على[23] ما كان ، وإن بَنَاهُ بآلَةٍ من عنده ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ : لا يَنْتَفِعُ به صَاحِبُ السُّفْلِ . يعنى حتى يُؤَدِّىَ القِيمَةَ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه[24] لا يَسْكُنَ ، وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ البَيْتَ إنَّما يُبْنَى لِلسُّكْنَى ، فلم يَمْلِكْهُ كغيرِه ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ الانْتِفَاعَ بالحِيطَانِ خاصَّةً ، من طَرْحِ الخَشَبِ ، وسَمْرِ الوَتَدِ ، وفَتْحِ الطَّاقِ ، ويكونُ له السُّكْنَى من غير تَصَرُّفٍ فى مِلْكِ غيرِه ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ السُّكْنَى إنَّما هى إقامَتُه فى فِنَاءِ الحِيطَانِ ، من غير تَصَرُّفٍ فيها ، فأشْبَهَ الاسْتِظْلَالَ بها من خَارِجٍ . فأمَّا إن طَالَبَ صَاحِبُ السُّفْلِ بالبِنَاءِ ، وأبَى صَاحِبُ العُلْوِ ، ففيه رِوَايَتَانِ : إحْداهما ، لا يُجْبَرُ على بِنَائِه ، ولا مُسَاعَدَتِه . وهو قولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الحائِطَ مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ مُخْتَصٌّ به ، فلم يُجْبَرْ غَيْرُه على بِنَائِه ، ولا المُسَاعَدَةِ فيه ، / كما لو لم يكُنْ عليه عُلْوٌ . والثانية ، يُجْبَرُ على مُسَاعَدَتِه والبِنَاءِ معه ، وهو قولُ أبى الدَّرْدَاءِ ؛ لأنَّه حَائِطٌ يَشْتَرِكَانِ فى الانْتِفَاعِ به ، أشْبَه الحائِطَ بين الدَّارَيْنِ . ١٠٩/٤ ظ

فصل : فإن كان بين البَيْتَيْنِ حَائِطٌ لأَحَدِهما ، فانْهَدَم ، فطَلَبَ أحَدُهما من الآخَرِ بِنَاءَهُ ، أو المُسَاعَدَةَ[25] فى بِنَائِه ، فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه إن كان المُمْتَنِعُ مَالِكَه لم يُجْبَرْ على بِنَاءِ مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، كحَائِطِ الآخرِ ، وإن كان المُمْتَنِعُ الآخَرَ لم يُجْبَرْ على بِنَاءِ

---

(٢٣) فى م زيادة : « كل » .

(٢٤) فى ا ، م : « أن » .

(٢٥) فى الأصل : « والمساعدة » .

مِلْكِ غيرِه ، ولا المُسَاعَدَةِ فيه . ولا يَلْزَمُ على هذا حَائِطُ السُّفْلِ ، حيث يُجْبَرُ صَاحِبُه على بِنَائِه ، مع اخْتِصَاصِه بِمِلْكِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن صَاحِبَ العُلْوِ مَلَكَهُ مُسْتَحِقًّا لإبْقَائِه على حِيطَانِ السُّفْلِ دائمًا ، فلَزِمَ صَاحِبَ السُّفْلِ تَمْكِينُه ممَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وطَرِيقُه البِنَاءُ ، فلذلك وَجَبَ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وإن أرَادَ صَاحِبُ الحائِطِ بِنَاءَهُ ، أو نَقْضَهُ بعد بِنَائِه ، لم يكُنْ لِجَارِهِ مَنْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . وإن أرَادَ جَارُه بِنَاءَهُ ، أو نَقْضَه ، أو التَّصَرُّفَ فيه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه .

فصل : ومتى هَدَمَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الحائِطَ المُشْتَرَكَ ، أو السَّقْفَ الذى بينهما ، نَظَرْتَ ، فإن خِيفَ سُقُوطُه ، وَوَجَبَ هَدْمُه ، فلا شىءَ على هَادِمِه ، ويكونُ كما لو انْهَدَمَ بِنَفْسِه ؛ لأنَّه فَعَلَ الوَاجِبَ ، وأزَالَ الضَّرَرَ الحاصِلَ بِسُقُوطِه ، وإن هَدَمَهُ لغير ذلك ، فعليه إعَادَتُه سواءٌ هَدَمَهُ لِحَاجَةٍ أو غيرِها ، وسواءٌ الْتَزَمَ إعَادَتَهُ أو لم يَلْتَزِمْ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ حَصَلَ بِفِعْلِه ، فلَزِمَهُ إعادتُه[٢٦] .

فصل : فإن اتَّفَقَا على بِنَاءِ الحَائِطِ المُشْتَرَكِ بينهما نِصْفَيْنِ ، ومِلْكُه بينهما الثُّلُثُ والثُّلُثَانِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُصَالِحُ على بعضِ مِلْكِه ببعضٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أقَرَّ له بِدَارٍ فصَالَحَهُ على سُكْنَاها . ولو اتَّفَقَا على أن يُحَمِّلَهُ كل واحِدٍ منهما ما شَاءَ ، لم يَجُزْ ؛ لِجَهَالَةِ الحِمْلِ فإنَّه يُحَمِّلُه من الأثْقَالِ مالا طَاقَةَ له بِحَمْلِه . وإن اتَّفَقَا على أن يكونَ بينهما نِصْفَيْنِ ، جَازَ .

فصل : فإن كان بينهما نَهْرٌ ، أو قَنَاةٌ ، أو دُولَابٌ ، أو نَاعُورَةٌ ، أو عَيْنٌ ، فَاحْتَاجَ إلى عِمَارَةٍ ، ففى إجْبَارِ المُمْتَنِعِ منهما رِوَايَتَانِ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّه يُجْبَرُ هٰهُنا على الإنْفَاقِ ؛ لأنَّه لا يتمكَّنُ شَرِيكُه من مُقَاسَمَتِه ، فيَضُرُّ به ، بخِلَافِ الحائِطِ ؛ فإنَّه يُمْكِنُهما / قِسْمَةُ العَرْصَةِ . والأَوْلَى التَّسْوِيَةُ ؛ لأنَّ فى قِسْمَةِ العَرْصَةِ إضْرَارًا بهما[٢٧] ، ٤/١١٠و

---

(٢٦) فى الأصل ، ا : « إزالته » أى إزالة الضرر .

(٢٧) فى ا : « لهما » .

والإنْفَاقُ أَرْفَقُ بهما ، فكانا سَوَاءً . والحُكْمُ فى الدُّولَابِ والنَّاعُورَةِ ، كالحُكْمِ فى الحائِطِ ، على ما ذَكَرْنَاهُ . وأما البِئْرُ والنَّهْرُ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما الإنْفَاقُ عليه ، وإذا أَنْفَقَ عليه ، لم يكُنْ له مَنْعُ الآخَرِ من نَصِيبِه من الماءِ ؛ لأنَّ الماءَ يَنْبُعُ من مِلْكَيْهِما ، وإنَّما أَثَّرَ أحدُهما فى نَقْلِ الطِّينِ منه ، وليس له فيه عَيْنُ مالٍ ، فأشْبَه الحائطَ إذا بَنَاهُ بآلَتِه ، والحُكْمُ فى الرُّجُوعِ بالنَّفَقةِ ، كحُكْمِ الرُّجُوعِ فى النَّفَقةِ على الحائِطِ ، على ما مَضَى .

فصل : إذا كان لِرَجُلَيْنِ بَابَانِ فى زُقَاقٍ غيرِ نَافِذٍ ، أحدهما قَرِيبٌ من بَابِ الزُّقَاقِ ، والآخَرُ فى دَاخِلِه ، فلِلْقَرِيبِ من البَابِ نَقْلُ بَابِه إلى ما يَلِى بَابَ الزُّقَاقِ ؛ لأنَّ له الاسْتِطْرَاقَ إلى بَابِه القَدِيمِ ، فقد نَقَصَ من اسْتِطْرَاقِه ، ومتى أَرَادَ رَدَّ بَابِه إلى مَوْضِعِه الأَوَّلِ ، كان له ؛ لأنَّ حَقَّهُ لم يَسْقُطْ ، وإن أَرَادَ نَقْلَ بَابِه تِلْقاءَ صَدْرِ الزُّقَاقِ ، لم يكُنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه يُقَدِّمُ بَابَه إلى مَوْضِعٍ لا اسْتِطْرَاقَ له فيه . ويَحْتَمِلُ جَوَازَ ذلك ؛ لأنَّه كان له أن يَجْعَلَ بَابَه فى أَوَّلِ البِنَاءِ ، فى أى مَوْضِعٍ شَاءَ ، فتَرْكُهُ فى مَوْضِعٍ لا يُسْقِطُ حَقَّه ، كما أن تَحْوِيلَه بعد فَتْحِه لا يُسْقِطُه[28] ، ولأنَّ له أن يَرْفَعَ حَائِطَه كلَّه ، فلا يُمْنَعُ من رَفْعِ مَوْضِعِ البابِ وَحْدَه . فأمَّا صَاحِبُ البابِ الثانى ، فإن كان فى دَاخِلِ الدَّرْبِ بابٌ [29]لآخَرَ ، فحُكْمُه فى التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ حُكْمُ صَاحِبِ البابِ الأَوَّلِ سواءً ، وإن لم يكُنْ له ثَمَّ[29] بَابٌ آخَرُ ، كان له تَحْوِيلُ بَابِه حيث شَاءَ ؛ لأنَّه على الأَوَّلِ ، لا مُنَازِعَ له فيما تَجَاوَزَ البَابَ الأَوَّلَ ، وعلى الاحْتِمالِ الذى ذَكَرْنَاهُ ، لكلِّ واحِدٍ منهما ذلك . ولو أَرَادَ كلُّ واحِدٍ منهما[30] أن يَفْتَحَ فى دَارِه بَابًا آخَرَ ، أو يَجْعَلَ دَارَه دَارَيْنِ ، يَفْتَحُ لكلِّ واحِدَةٍ منهما بَابًا ، جَازَ ، إذا وَضَعَ البَابَيْنِ فى مَوْضِعِ اسْتِطْرَاقِه . وإن كان ظَهْرُ دَارِ أحَدِهما إلى شَارِعٍ نَافِذٍ ، أو زُقَاقٍ نَافِذٍ ، ففَتَحَ فى حَائِطِه بَابًا إليه ، جَازَ ؛ لأنَّه

---

(٢٨) فى الأصل ، ا ، م : « يسقط » .

(٢٩ – ٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل ، م .

يَرْتَفِقُ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أحَدٍ عليه . فإن قِيل : فى هذا إضْرَارٌ بأَهْلِ الدَّرْبِ ؛ لأنَّه بِجَعْلِه نَافِذًا يَسْتَطْرِقُ إليه من الشَّارِعِ . قُلْنا : لا يَصِيرُ الدَّرْبُ نَافِذًا ، وإنَّما تَصِيرُ دَارُه نَافِذَةً ، وليس لأحدٍ اسْتِطْرَاقُ دَارِه . فأمَّا إن كان بَابُه فى الشَّارِعِ ، وظَهْرُ دَارِه إلى الزُّقَاقِ الذى لا يَنْفُذُ ، فأرَادَ أن يَفْتَحَ بَابًا إلى الزُّقَاقِ للاسْتِطْرَاقِ ، لم / يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه ليس له حَقٌّ فى الدَّرْبِ الذى قد تَعَيَّنَ عليه مِلْكُ أَرْبَابِه . ويَحْتَمِلُ الجَوَازَ ، كما ذَكَرْنا فى الوَجْهِ الذى قد تَقَدَّمَ . وإن أرَادَ أن يَفْتَحَ فيه بَابًا لغير الاسْتِطْرَاقِ ، أو يَجْعَلَ له بَابًا يَسْمُرُهُ ، أو شُبَّاكًا ، جَازَ ؛ لأنَّه لمَّا كان له رَفْعُ الحائِطِ بِجُمْلَتِه ، فبعضُه أَوْلَى . قال ابنُ عَقِيلٍ : ويَحْتَمِلُ عندى أنَّه لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ شَكْلَ البَابِ مع تَقَادُمِ العَهْدِ ربَّما اسْتُدِلَّ به على حَقِّ الاسْتِطْرَاقِ ، فيَضُرُّ بأَهْلِ الدَّرْبِ ، بخِلَافِ رَفْعِ الحائِطِ ؛ فإنَّه لا يَدُلُّ على شىءٍ .

٤/١١٠ظ

فصل : وإذا كان لِرَجُلٍ دَارَانِ مُتَلَاصِقَتَانِ ظَهْرُ كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى ظَهْرِ الأُخْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدَةٍ منهما فى زُقَاقٍ غيرِ نَافِذٍ ، فرَفَعَ الحاجزَ بينهما ، وجَعَلَهُما دَارًا واحِدَةً ، جَازَ . وإن فَتَحَ من كلِّ واحِدَةٍ منهما بَابًا إلى الأُخْرَى ، ليتمَكَّنَ من التَّطَرُّقِ من كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى كِلَا الدَّارَيْنِ ، لم يَجُزْ . ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأن ذلك يُثْبِتُ الاسْتِطْرَاقَ فى الدَّرْبِ الذى لا يَنْفُذُ من دَارٍ لم يكُنْ لها فيه طَرِيقٌ ، ولأنَّ ذلك ربَّما أدَّى إلى إثْبَاتِ الشُّفْعَةِ فى قَوْلِ من يُثْبِتُها بالطَّرِيقِ لكلِّ واحِدَةٍ من الدَّارَيْنِ فى زُقَاقِ الأُخْرَى . ويَحْتَمِلُ جَوَازَ ذلك ؛ لأنَّ له رَفْعَ الحاجزِ جَمِيعِه ، فبعضُه أَوْلَى ، وهذا أَشْبَهُ ، وما ذَكَرْنَاهُ لِلْمَنْعِ مُنْتَقِضٌ بما إذا رَفَعَ الحائِطَ جَمِيعَه . وفى كلِّ مَوْضِعٍ قُلْنا : ليس له فِعْلُه . إذا صَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرْبِ بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، أو أَذِنُوا له بغيرِ عِوَضٍ ، جَازَ .

فصل : إذا تَنَازَعَ صَاحِبُ البَابَيْنِ فى الدَّرْبِ ، وتَدَاعَيَاهُ ، ولم يكُنْ فيه بَابٌ لغيرِهما ، ففيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ : أحدُها ، أنَّه يُحْكَمُ بالدَّرْبِ من أَوَّلِه إلى البابِ الذى يَلِى أَوَّلَهُ بينهما ؛ لأنَّ لهما الاسْتِطْرَاقَ فيه جميعًا ، وما بعدَه إلى صَدْرِ الدَّرْبِ للآخَرِ ؛ لأنَّ الاسْتِطْرَاقَ فى

ذلك له وحدَه ، فله اليَدُ والتَّصرُّفُ . والوَجْه الثانى[٣١] ، أنَّ من أوَّلِه إلى أقْصَى حَائِط الأوَّلِ بينهما ؛ لأنَّ ما يُقَابِلُ ذلك لهما التَّصرُّفُ فيه ، بِنَاءً على أنَّ للأوَّلِ أن يَفْتَحَ بَابَه فيما شَاءَ من حَائِطِه ، وما بعدَ ذلك للثانى ؛ لأنَّه ليس بِفِنَاءٍ للأوَّلِ ، ولا له فيه اسْتِطْرَاقٌ . والثالث ، يكونُ بينهما ؛ لأنَّ لهماجميعايَدًا وتَصرُّفًا . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا كان لِرَجُلٍ عُلْوُ خَانٍ ، ولآخَرَ سُفْلُه ، ولِصَاحِبِ العُلْوِ دَرَجَةٌ فى أثناءِ صَحْنِ الخَانِ ، فاخْتَلَفَا فى الصَّحْنِ ، فما كان من الدَّرَجَةِ إلى بَابِ الخَانِ / بينهما ، وما وَرَاءَ ذلك إلى صَدْرِ الخَانِ على الوَجْهَيْنِ ، أحدِهما هو لِصَاحِبِ السُّفْلِ . والثانى هو بينهما . فإن كانت الدَّرَجَةُ فى صَدْرِ الصَّحْنِ ، فالصَّحْنُ بينهما ؛ لِوُجُودِ اليَدِ والتَّصرُّفِ منهما جميعا . فعلى الوَجْهِ الذى يقول : إن صَدْرَ الدَّرْبِ مُخْتَصٌّ بِصَاحِبِ البابِ الصَّدْرَانِىِّ . له أن يَسْتَبْدِلَ[٣٢] بما يَخْتَصُّ به منه ، بأن يَجْعَلَهُ دِهْلِيزًا لِنَفْسِه ، أو يُدْخِلَه فى دَارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بِجَارِه ، ولا يَضَعُ على حَائِطِه شَيْئًا ؛ لأنَّ ذلك مِلْكٌ له يَنْفَرِدُ به .

١١١/٤و

فصل : وليس لِلرَّجُلِ التَّصرُّفُ فى مِلْكِه تَصرُّفًا يَضُرُّ بجَارِه ، نحو أن يَبْنِىَ فيه حَمَّامًا بين الدُّورِ ، أو يَفْتَحَ خَبَّازًا بين العَطَّارِينَ ، أو يَجْعَلَهُ دُكَّان قِصَارَةٍ يَهُزُّ الحِيطَانَ ويُخَرِّبُها ، أو يَحْفِرَ بئْرًا إلى جَانِبِ بئْرِ جَارِه يَجْتَذِبُ مَاءَها . وبهذا قال بعضُ أصْحَابِ أبى حنيفةَ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى : لا يُمْنَعُ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ، وبعضُ أصْحَابِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه تَصرَّفَ فى مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ غيرِه ، فلم يُمْنَعْ منه ، كما لو طَبَخَ فى دَارِه أو خَبَزَ فيها ، وسَلَّمُوا أنَّه يُمْنَعُ مِن[٣٣] الدَّقِّ الذى يَهْدِمُ الحِيطَانَ ويَنْثِرُهَا . ولَنا : قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[٣٤] . ولأنَّ هذا إضْرَارٌ بجيرَانِه ، فمُنِعَ منه ، كالدَّقِّ الذى يَهُزُّ الحِيطانَ ويَنْثِرُها ، وكسَقْيِ الأرْضِ الذى يَتَعَدَّى إلى هَدْمِ

---

(٣١) فى ا : « الآخر » .

(٣٢) فى ب : « يستند » .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) فى الأصل ، ا ، ب : « إضرار » . وتقدم تخريج الحديث ، فى : ٤ / ١٤٠ .

حِيطَانِ جَارِهِ ، أو إِشْعَالِ نَارٍ تَتَعَدَّى إلى إِحْرَاقِها . قالوا : هٰهُنا تَعَدَّتِ النَّارُ التى أَضْرَمَها ، والماءُ الذى أَرْسَلَه ، فكان مُرْسِلًا لذلك فى مِلْكِ غيره ، فأشْبَه مالو أَرْسَلَه إليها قَصْدًا . قُلْنا : والدُّخَانُ هو أَجْزَاءُ الحَرِيقِ الذى أَحْرَقَهُ ، فكان مُرْسِلًا له فى مِلْكِ جَارِهِ ، فهو كأَجْزَاءِ النارِ والماءِ . وأمَّا دُخَانُ الخُبْزِ والطَّبِيخِ ، فإنَّ ضَرَرَهُ يَسِيرٌ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، وتَدْخُلُه المُسَامَحَةُ .

فصل : وإن كان سَطْحُ أَحَدِهِما أَعْلَى من سَطْحِ الآخَرِ ، فليس لِصَاحِبِ الأَعْلَى الصُّعُودُ على سَطْحِه على وَجْهٍ يُشْرِفُ على سَطْحِ جَارِهِ ، إلَّا أن يَبْنِىَ سُتْرَةً تَسْتُرُهُ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَلْزَمُه عَمَلُ سُتْرَةٍ ؛ لأَنَّ هذا حَاجِزٌ بين مِلْكَيْهِما ، فلا[٣٥] يُجْبَرُ أَحَدُهما عليه ، كالأَسْفَلِ . ولَنا ، أنَّه إِضْرَارٌ بِجَارِهِ ، فَمُنِعَ منه ، كَدَقٍّ يَهُزُّ الحِيطَانَ ، وذلك لأنَّه يَكْشِفُ جَارَهُ ، ويَطَّلِعُ على حُرَمِهِ ، فأشبهَ ما لو اطَّلَعَ عليه من صِيرِ بابِهِ / أو خَصَاصِيهِ[٣٦] ، وقد دَلَّ على المَنْعِ من ذلك قولُ النبىِّ ﷺ : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا اطَّلَعَ إِلَيْكَ ، فَحَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ ، فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »[٣٧] . ويُفَارِقُ الأَسْفَلَ ؛ فإنَّ تَصَرُّفَهُ لا يَضُرُّ بالأَعْلَى ، ولا يَكْشِفُ دَارَهُ .

٤/١١١ظ

فصل : إذا كانتْ بينهما عَرْصَةُ حَائِطٍ ، فاتَّفَقَا على قَسْمِها طُولًا ، جَازَ ذلك ، سواءٌ اتَّفَقَا على قَسْمِهَا طُولًا أو عَرْضًا ؛ لأنَّها مِلْكُهما ، ولا تَخْرُجُ عنهما . وإن اخْتَلَفَا ، فطَلَبَ أَحَدُهُما قَسْمَها طُولًا[٣٨] وهو أن يُجْعَلَ له نِصْفُ الطُّولِ فى جَمِيعِ العَرْضِ ، ولِلْآخَرِ مثلُه ، فقال أصْحابُنا : يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ على القِسْمَةِ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛

---

(٣٥) فى الأصل ، ا ، م : « فلم » .

(٣٦) صير الباب : شقه عند ملتقى الرتاج والعضادة . والخصاص : جمع الخصاصة ، وهى الفرجة أو الخلل أو الخرق ، فى باب أو غيره .

(٣٧) أخرجه البخارى ، فى : باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان ، وباب من اطلع فى بيت قوم ... ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم النظر فى بيت غيره ، من كتاب الآداب . صحيح مسلم ٣ / ١٦٩٩ .

(٣٨) سقط من : م .

لأنَّ ذلك لا يَضُرُّ . فإذا اقْتَسَمَا اقْتَرَعَا ، فكان لكلِّ واحِدٍ منهما ما تَخْرُجُ به القُرْعَةُ ، فإن كان مَبْنِيًّا فلا كلامَ ، وإن كان غيرَ مَبْنِيٍّ ، كان لكلِّ واحِدٍ منهما أن يَبْنِىَ فى نَصِيبِه ، وإن أحَبَّ أن يُدْخِلَ بعضَ عَرْصَتِه فى دَارِه فَعَلَ ، وإن أحَبَّ أن يَزِيدَ فى حَائِطِه من عَرْصَتِهِ فَعَلَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على القِسْمَةِ ؛ لأنَّها تُوجِبُ اخْتِصَاصَ كلِّ واحِدٍ منهما ببعضِ الحائِطِ المُقَابِلِ لِمِلْكِ شرِيكِه ، وزَوَالَ مِلْكِ شَرِيكِه ، فيَتَضَرَّرُ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على حَائِطٍ يَسْتُرُ مِلْكَه ، وربما اخْتارَ أحَدُهما أن لا يَبْنِىَ حَائِطَه ، فيَبْقَى مِلْكُ[39] كلِّ واحِدٍ منهما مَكْشُوفًا ، أو يَبْنِيه ويَمْنَعُ جارَه من وَضْعِ خَشَبِه عليه ، وهذا ضَرَرٌ لا يَرِدُ الشَّرْعُ بالإِجْبَارِ عليه . فإن قِيلَ : فإذا كان مُشْتَرَكًا تَمَكَّنَ أيضًا مِن مَنْعِ شَرِيكِه وَضْعَ خَشَبِه عليه . قُلْنا : إذا كان له عليه رَسْمُ وَضعِ خَشَبِه ، أو انْتِفَاعٌ به ، لم يَمْلِكْ مَنْعَهُ من رَسْمِه ، وهـٰهُنا يَمْلِكُ مَنْعَهُ بالكُلِّيَّةِ . وأمَّا إن طَلَبَ قَسْمَها عَرْضًا ، وهو أن يُجْعَلَ لكلِّ واحِدٍ منهما نِصْفُ العَرْضِ فى كَمَالِ الطُّولِ ، نَظَرْنَا ، فإن كانت العَرْصَةُ لا تَتَّسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، لم يُجْبَر المُمْتَنِعُ من قَسْمِهَا[40] . واخْتَارَ ابنُ عَقِيلٍ أنَّه يُجْبَرُ . وهو ظَاهِرُ كلامِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها عَرْصَةٌ ، فأُجْبِرَ على قَسْمِهَا ، كعَرْصَةِ الدَّارِ . ولَنا ، أنَّ فى قَسْمِهَا ضَرَرًا ، فلم يُجْبَر المُمْتَنِعُ من قَسْمِها عليه ، كالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ بذلك . وإن كانت تَتَّسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، بحيثُ يَحْصُلُ لكلِّ واحِدٍ منهما ما يَبْنِى فيه حَائِطًا ، ففى إجْبَارِ المُمْتَنِعِ وَجْهانِ : أحدُهما : يُجْبَرُ . قالَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى القَسْمِ[41] ؛ لكَوْنِ كلِّ واحِدٍ منهما يَحْصُلُ / له ما يَنْدَفِعُ به حاجَتُه ، فأشْبَهَ عَرْصَةَ الدَّارِ التى يَحْصُلُ لكلِّ واحِدٍ منهما ما يَبْنِى فيه دَارًا . والثانى ، لا يُجْبَرُ . ذَكَرَهُ القاضى ؛ لأنَّ هذه القِسْمَةَ لا تَقَعُ فيها قُرْعَةٌ ؛ لأنَّنا لو أقْرَعْنَا بينهما ، لم نَأْمَنْ أن تَخْرُجَ قُرْعَةُ كلِّ واحِدٍ منهما على ما يلى مِلْكَ جارِهِ ، فلا يَنْتَفِعُ به ، فلو أجْبَرْنَاهُ على القِسْمَةِ

١١٣/٤و

---

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) فى م زيادة : « واختلفوا » .

(٤١) فى م : « القسمة » .

لأَجْبَرْنَاهُ على أَخْذِ ما يَلِي دَارَه من غيرِ قُرْعَةٍ ، وهذا لا نَظِيرَ له . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كهٰذَيْنِ . ومتى اقْتَسَمَا العَرْصَةَ طُولًا ، فبَنَى كلُّ واحِدٍ منهما لِنَفْسِه حَائِطًا ، وبَقِيَتْ بينهما فُرْجَةٌ ، لم يُجْبَرْ أَحَدُهما على سَدِّها ، ولم يُمْنَعْ من سَدِّها ؛ لأَنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى بِنَاءِ الحائِطِ فى عَرْصَتِه .

فصل : وإن كان بينهما حَائِطٌ ، فاتَّفَقَا على قِسْمَتِه طُولًا ، جَازَ ، ويُعَلَّمُ بين نَصِيبِهِما بعَلَامَةٍ . وإن اتَّفَقَا على قِسْمَتِه عَرْضًا ، فقال أَصْحَابُنا : يجُوزُ[٤٢] ؛ لأَنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما ، فأَشْبَهَ العَرْصَةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجوزَ القِسْمَةُ ؛ لأنَّها لا تكونُ إلَّا بتَمْيِيزِ نَصِيبِ أَحَدِهما من الآخَرِ ، بحيثُ يُمْكِنُه الانْتِفَاعُ بِنَصِيبِه دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِه ، وهٰهُنا لا يَتَمَيَّزُ ، ولا يُمْكِنُ انْتِفَاعُ أَحَدِهما بنَصِيبِه مُنْفَرِدًا ؛ لأنَّه إن وَضَعَ خَشَبَةً على أَحَدِ جَانِبَيِ الحائِطِ ، كان ثِقْلُه على الحائِطِ كلِّه ، وإن فَتَحَ فيه طَاقًا يُضْعِفُه ، ضَعُفَ كُلُّه ، وإن وَقَعَ بعضُه ، تَضَرَّرَ النَّصِيبُ الآخَرُ . وإن طَلَبَ أَحَدُهما قَسْمَهُ وأَبَى الآخَرُ ، فذَكَرَ القاضى ، أنَّ الحُكْمَ فى الحائِطِ كالحُكْمِ فى عَرْصَتِه ، سواءٌ ، ولا يُجْبَرُ على قَسْمِ الحائِطِ ، إلَّا أن يَطْلُبَ أَحَدُهما قَسْمَه طُولًا . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على قَسْمِه أيضا ، وهو أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأَنَّهما إن قَطَعَاهُ بينهما ، فقد أَتْلَفَا جُزْءًا من الحائِطِ ، ولا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ من ذلك ، كما لو كان بينهما ثَوْبٌ ، فطَلَبَ أَحَدُهما قَطْعَهُ . وإن لم يُقْطَعْ وعَلَّمَا عَلَامَةً على نِصْفِه ، كان انْتِفَاعُ أَحَدِهما بِنَصِيبِه انْتِفَاعًا بِنَصِيبِ الآخَرِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه يُجْبَرُ على قَسْمِ الدَّارِ وقَسْمِ حَائِطِها المُحِيط بها ، وكذلك قَسْمِ البُسْتَانِ وحَائِطِه ، ولا يُجْبَرُ على القَطْعِ المُضِرِّ ، بل يُعَلِّمُه بخَطٍّ بين نَصِيبِهما ، ولا يَلْزَمُ من ذلك انْتِفَاعُ أَحَدِهما بِنَصِيبِ الآخَرِ وإن اتَّصَلَ به ، بِدَلِيلِ الحائِطِ المُتَّصِلِ فى دَارَيْنِ . واللهُ أَعْلَمُ .

---

(٤٢) فى م زيادة : « القسمة » .